

NORMALISATION DU VOCABULAIRE DU DROIT DES MSRD

DOSSIER D'ANALYSE
commencé par Valérie Boudreau
et complété par Carine Trudel
Groupe *conciliation/mediation* (Partie 2)

TERMES EN CAUSE

caucus

caucus session

caucusing

closed mediation

distance mediation

in-person mediation

individual meeting

individual session

joint meeting

joint session

mandatory mediation

open mediation

plenary session

separate caucus

separate caucus session

separate meeting

separate session

voluntary mediation

MISE EN SITUATION

Ce dossier porte sur des termes divers concernant surtout la médiation. Le tableau qui suit fait état des termes déjà normalisés ou recommandés dans le cadre des présents travaux et qui comprennent des éléments communs avec les termes à l'étude dans ce dossier. À moins qu'une constatation ne commande le contraire, nous appliquerons ces choix pour la composition des équivalents dans le présent dossier.

TERMES RECOMMANDÉS

conciliation	conciliation (n.f.)	CTTJ MSRD 306
joint meeting ¹	rencontre conjointe (n.f.)	CTTJ MSRD 301
joint session ¹	séance conjointe (n.f.)	CTTJ MSRD 301
mandatory arbitration	arbitrage obligatoire (n.m.)	BT MSRD 103
voluntary arbitration	arbitrage volontaire (n.m.)	BT MSRD 103

ANALYSE NOTIONNELLE

open mediation

closed mediation

Voici d'abord les définitions relevées dans le *Halsbury* pour les termes *closed mediation* et *open mediation* :

Closed mediation: refers to a process of dispute resolution which results in a report from the mediator that is limited to disclosing the fact of an agreement and its terms, or the fact of no agreement. Nothing said by the parties or said or observed by the mediator is to be disclosed.

Open mediation: in contrast to closed mediation, the mediator is obliged to provide a "full report", which may refer to anything said or observed during the process. What is said or observed in the course of the mediation is admissible in the litigation, if the dispute is not resolved. [Nous soulignons.]

(WILSON, Jeffery (Main Title Contributor). *Halsbury's Laws of Canada - Infants and Children (2014 Reissue)*, HIC-18 Statutory provisions (QL).)

Les deux termes en cause s'inscrivent dans le cadre d'un accord de médiation où les parties décideront entre la *open mediation* ou la *closed mediation* :

Mediation agreement

The initial conversation between a mediator and party may also include a review of a mediation agreement.

Many mediators require that all parties sign a mediation agreement that sets out the details of the mediation. The Agreement may, for example, specify whether the mediation is **open or closed**. In a **closed mediation**, everything discussed between a mediator and the parties will be kept private. In an **open mediation**, the mediator will prepare a report for the parties that will contain the contents of the mediator's discussions with them. Particular concerns about confidentiality and open versus closed mediations should be discussed with a lawyer before the mediation commences. (WATSON, Casey. « The mediation process », FindLaw.ca. Internet : <<http://disputes.findlaw.ca/article/the-mediation-process-2/>>.)

Les contextes suivants fournissent d'autres explications sur la distinction entre les deux notions. Essentiellement, si les parties optent pour la *closed mediation*, le contenu des séances de médiation est de nature privée et la seule chose qui peut éventuellement être communiquée dans le cadre d'un processus judiciaire est le fait que les parties soient parvenues ou non à une entente, tandis que si elles optent pour la *open mediation*, elles acceptent que le contenu des séances de médiation soit communiqué dans le cadre d'un processus judiciaire.

7) Full Disclosure and Confidentiality

Full disclosure is a prerequisite to effective mediation. A frank exchange of information concerning income and assets is essential to the mediation of support and property disputes on marriage breakdown.

Mediators stress the advisability of predetermining what can or cannot be disclosed to third parties, including lawyers and the courts, during or following an ongoing mediation process. The parties are free to select **“open” or “closed” mediation**. Open mediation signifies that the parties waive their rights to confidentiality. Closed mediation implies that confidentiality is critical and that neither the parties nor the mediator will be permitted to give evidence in any subsequent litigation as to what transpired during mediation. [Nous soulignons.]

(PAYNE, Julien; PAYNE, Marilyn. *Canadian Family Law*. Irwin Law Inc., 2008, p. 156.)

Approval of mediation. In most jurisdictions, the court is permitted, on motion or at the request of the parties, to appoint a person whom the parties have selected to mediate any matter that the court specifies. Consent of the parties is not expressly required in all jurisdictions. The legislation in British Columbia encourages parties to resolve their disputes through “family dispute resolution”, which includes family justice counsellors, parenting coordinators, mediation, arbitration and collaborative family law. In appointing a mediator, the courts in Newfoundland and Labrador, Ontario, Prince Edward Island, Northwest Territories, Nunavut and Yukon are required to have the consent of the proposed mediator and have his or her agreement to file a report with the court within the period of time specified by the court. Before entering into mediation, the parties in these jurisdictions must decide whether the mediation is to be open or closed. If closed, the mediator would file a report that sets out only that the parties did or did not reach an agreement. If open, the mediator would have the mandate to file a full report on the process, including anything that he or she considers relevant to the matter in mediation and presumably would be relevant to the court if agreement was not reached. If the parties agree on closed mediation, evidence of anything said or of any admission or communication made in the course of the mediation is not admissible in any proceeding, except with the consent of all parties to the proceeding. [Nous soulignons.]

(WILSON, Jeffery (Main Title Contributor) *Halsbury's Laws of Canada - Infants and Children (2014 Reissue)*, HIC-22 Appropriateness of mediation (QL).)

There are two basic forms of family mediation that separating partners may choose, closed or open. There are some essential differences between the two:

With *closed mediation*:

- The mediator's report includes only the issues that the parties themselves have resolved.
- If the parties fail to obtain a resolution on one or more issues, the mediator's report will contain a description of any agreement reached, as well as a statement specifying which issues remain unresolved.
- All other information disclosed to the mediator remains confidential and unreported (with the exception of child abuse data).

With *open mediation*:

- The mediator's report may include any information that is considered relevant to the issues being mediated.
- If there is a resolution of the issues, the report will usually be restricted to a description of the agreement reached.

(LANDAU, Barbara et coll., *Family Mediation & Collaborative Practice Handbook*, 4^e éd., Markham, LexisNexis Canada Ltd., 2001, p. 25.)

Dans le contexte de la médiation familiale, la *closed mediation* offre aux époux l'assurance 1) que leurs interactions se font sous le couvert d'une confidentialité totale; 2) que rien de ce qu'ils ont dit ne pourra éventuellement être retenu contre eux. Il importe de nuancer que le caractère confidentiel s'applique strictement au processus. Ce qui signifie que rien n'empêche les parties d'échanger sur le sujet notamment avec leurs avocats et leurs proches.

The mediation process may be either "open" or "closed". **Closed mediation** offers the spouses the assurance that their interaction during mediation will be entirely confidential and that nothing they do not wish to be repeated will be reported to the court. **Open mediation** alleviates the need for the initiation of information gathering, should the mediation process break down and an assessment be ordered in a later court proceeding. [Nous soulignons.] (SCHAFFER, Martha, « Divorce Mediation: A Feminist Perspective », *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol. 46, (1988), p. 174 (HeinOnline).)

Closed Mediation

The participants **preserve** the confidentiality of their mediation

...

Most clients want their negotiations to be kept confidential, meaning that, in a legal sense, whatever is said and whatever offers are made cannot later be used against them in court or arbitration proceedings if negotiations fail. Almost all family mediation in Ontario is carried out in this manner, and is called **Closed Mediation**.

Nothing said or done during the process can be brought to the court, nor can the mediator be summonsed to court to talk about the process or what happened. Documents that are provided (other than settlement offers) which are relevant to the legal process are not confidential. Also, the fact that the mediation process is closed does not mean that the clients are not permitted to tell their lawyers, counselors, friends etc. what happened. It is only the process (court or arbitration) that cannot be talked about.

Open Mediation

The participants **waive** the confidentiality of their mediation

Very occasionally, mediators are asked to conduct an **Open Mediation**. The distinction between **open** and **closed mediation** relates to disclosure to the legal process during mediation. There are no clear guidelines as to what can or cannot be disclosed about the mediation process if open mediation is chosen. Because of this lack of clarity, many mediators will not **conduct open mediations**.

In some places, **open mediation** means no more than the mediator reporting to the court whether there was a settlement or not, but no more (e.g. in many of the Family Court mediation services). In other places mediators may report much more about the process and its results. It is absolutely essential for anyone choosing **open mediation** services to have a contract specifying what can and what cannot be disclosed about the legal process during mediation. Always clarify at the very first contact with the mediator whether you are looking for **open** or **closed mediation**. [Nous soulignons.] (ONTARIO ASSOCIATION FOR FAMILY MEDIATION. Internet : <<https://www.oafm.on.ca/family-mediation/open-closed>>.)

Voici d'autres constats d'usage tirés de jugements canadiens se rapportant aux deux termes en cause :

A referral to mediation in matters involving children is common. Determining whether that **mediation** is to be **open** or **closed** is a significant aspect of such a referral. In **closed mediation**, a report of the mediator can not be used in any subsequent proceeding. It is my view that the report or any references to it is not privileged and should not be excluded on that basis. (*Fairbarin v. Hoenig*, 1999 CanLII 14968 (ON SC).)

As such I see no reason why the parties cannot refer to details that came out of the mediation session, as the mother has in this case. I do agree however that it is difficult to imagine a full and frank disclosure between the parties during a mediation process, which can be violated afterwards, however this does appear to be the way that the **closed mediation process** works in the Provincial Court through Alberta Justice. (*Vandenbrink v. Vandenbrink*, 2005 ABQB 410 (CanLII).)

3 The real dispute between the parties is over custody and access. A Consent Order for interim joint custody was granted on October 15, 1992, giving the parties equal time with the two children. On September 10, 1993, a second Consent Order was granted providing for **closed mediation** and if unsuccessful, which it was, an open assessment was to be conducted for purposes of trial with respect to custody and access issues. Pending trial, Respondent's time with the children was varied to specific week-end and mid-week visits. Primary residential care of the children was given to Petitioner. (*Broger v. Broger*, [1994] A.J. No. 716 (QL).)

58 She also recommended the use of **open mediation** so that the parties would have a neutral forum in which to begin communicating and to resolve their differences. I am reluctant to order parties to mediation because I feel it will only work if the parties are willing to engage in mediation. Here, it has been indicated to me that both parties are willing to participate in **open mediation**.

[...]

62 Paragraphs 4 and 5 of Ms. Dickson's draft order are also accepted, these relating to the rights of the Tooles and Evelyn to certain information and Kim's obligation to contact the Tooles about medical emergencies as soon as practical. I decline to include the proposed paragraph 6 in her draft order as I do not see how it could be enforced by the courts. Based on the submissions of counsel during argument, I direct that a provision be included concerning **open mediation**, which I hope counsel will be able to draft by agreement; if not, they may seek further direction from me. (*Burnett v. Toole*, [1994] A.J. No. 535 (QL).)

3 On June 18, 2004, the parties consented to an order that they "shall forthwith attend for **open mediation** with Barry Brown concerning all issues surrounding custody and access of Tyler. If mediation is not successful Mr. Brown shall conduct arbitration on all issues surrounding custody and access of Tyler."

[...]

6 During the **open mediation process** the parties reached an agreement on the Parenting Plan. The parties could not reach an agreement on the Parenting schedule. Consequently, Barry Brown arbitrated the issue and made an Arbitration Award regarding the parenting schedule. (*Acimovic v. Acimovic*, [2006] O.J. No. 4077 (QL).)

Il importe de noter que la plupart des décisions actuellement répertoriées avec les termes en cause se rapportent à l'Ontario et que les quelques autres décisions répertoriées se rapportent à l'Alberta.

La distinction entre la *open mediation* et la *closed mediation* a été introduite en Ontario par l'adoption de la *Loi portant la réforme du droit de l'enfance* en 1990 qui prévoit que les parties doivent, avant de commencer la médiation, déterminer si le médiateur déposera soit un rapport complet sur la médiation, y compris tout point qu'il juge pertinent, soit un rapport qui précise seulement les modalités de l'entente conclue entre les parties ou le fait que celles-ci ne sont pas parvenues à une entente. Dans le premier cas, il s'agit de la *open mediation*, tandis que dans le deuxième cas, il s'agit de la *closed mediation*.

4) **Mediation and Reconciliation Attempts; Confidentiality of Process**

In several provinces and territories, including British Columbia, Manitoba, Newfoundland and Labrador, the Northwest Territories, Ontario, Quebec, Saskatchewan, and the Yukon, enactments regulate the confidentiality of reconciliation counselling and of the mediation process in economic and parenting disputes on marriage breakdown. Provincial and territorial statutes regulating reconciliation and mediation or conciliation processes differ substantially in content. They do, however, have one feature in common. With the exception of Saskatchewan, the provincial and territorial legislation presupposes judicial control or intervention and, unlike section 9 of the federal *Divorce Act*, does not impose specific duties on lawyers who represent clients in family disputes. In other particulars, there are wide variations. Some statutory provisions are confined to reconciliation; others are confined to mediation; still others apply to both reconciliation and mediation. In addition, some statutes render evidence of statements made to a counsellor or mediator inadmissible except on consent of the parties, while others specifically distinguish “open” or “closed” mediation¹. This latter statutory approach originated in Ontario with the enactment of section 31 of the *Children’s Law Reform Act*, which regulates the potential confidentiality of the mediation process with respect to parenting disputes. Court-ordered mediation on consent of the parties under section 31 requires the parties to decide whether the mediator will file a full report of the mediation or a report that simply stipulates the outcome of the mediation process. If parties elect the latter, evidence of any admission or communication made in the course of the mediation is inadmissible in any legal proceeding except on consent of all parties to the proceeding. Even in the absence of statutory provisions, however, judge-made law has accorded a common-law privilege to communications made in an attempt to settle disputes. [Nous soulignons.]

(PAYNE, Julien; PAYNE, Marilyn. *Canadian Family Law*. Irwin Law Inc., 2008, p. 543-544.)

Voici le texte de l’article 31 de la *Loi portant la réforme du droit de l’enfance* qui est actuellement en vigueur et qui dispose notamment que dans le cas où les parties décident de tenir une *closed mediation*, la preuve des propos tenus pendant la médiation ou des déclarations ou des aveux qui y ont été faits n’est pas admissible dans une instance :

Mediation

31 (1) Upon an application for custody of or access to a child, the court, at the request of the parties, by order may appoint a person selected by the parties to mediate any matter specified in the order.

[...]

Form of report

(4) Before entering into mediation on the matter, the parties shall decide whether,

(a) the mediator is to file a full report on the mediation, including anything that the mediator considers relevant to the matter in mediation; or

(b) the mediator is to file a report that either sets out the agreement reached by the parties or states only that the parties did not reach agreement on the matter.

[...]

Admissions made in the course of mediation

¹ Selon l’auteur, sont visés la Nouvelle-Écosse, les Territoires du Nord-Ouest, l’Ontario et le Yukon. Se reporter à la note en bas de page 100 de l’ouvrage.

(7) Where the parties have decided that the mediator's report is to be in the form described in clause (4) (b), evidence of anything said or of any admission or communication made in the course of the mediation is not admissible in any proceeding except with the consent of all parties to the proceeding in which the order was made under subsection (1).

Il semble que les deux termes sont aussi employés ailleurs au Canada, comme le montrent les contextes qui suivent. Rappelons que dans l'un ou l'autre des deux cas, la médiation est par nature confidentielle. Le contenu de la *closed mediation* ne peut pas être rapporté dans le cadre d'un processus judiciaire, tandis que celui de la *open mediation* peut l'être.

3. Open or Closed Mediation

Generally, mediation programs use a **closed** format. Informants² from the Hamilton program reported that clients are given the option of open mediation; to exercise that option, both parties must be in agreement and sign a "Consent For an Open Mediation Report."

On occasion, Manitoba Family Conciliation offers **open mediation**, but only upon written consent of both parties. The Director of Manitoba Family Conciliation³ observed that "open mediation" is, in fact, a contradiction in terms since mediation by definition is a completely confidential process. This comment is echoed by the Director of Saskatchewan Mediation⁴, who remarked: "Providing information on the mediation sessions without the consent of the parties really changes the dynamics of the mediation."

In the Saskatchewan scheme, upon the consent of both parties, a summary of the mediation sessions is drafted by the mediator and forwarded to both parties. If the parties agree, the summary is then forwarded to their respective lawyers. When mediation reports are submitted to the court, the only information contained is one of two summary statements: "yes we mediated," or "mediation is not appropriate."

In British Columbia, when the court orders mediation or conciliation under the Family Relations Act, the mediator submits his or her report to the court for review. The report stipulates whether or not the parties met, and lists the issues that were agreed upon and those that remain outstanding. The report may further indicate whether the parties have agreed on a strategy for resolving any outstanding issues. [Nous soulignons.] (GOUNDRY, Sandra A. « Family Mediation in Canada: Implications for Women's Equality – A Review of the Literature and Analysis of Data from Four Publicly Funded Canadian Mediation Programs », *Status of Women Canada's Policy Research Fund*, 1998, p.79-80.)

Is Family Mediation confidential?

A **closed mediation** is confidential; an **open mediation** is not. In a closed mediation, the parties and the mediator sign a Participation Agreement at the start of the Family Mediation process which states that all discussions and proposals made are confidential for use within the Process only. [Nous soulignons.] (MERIDIAN LAW GROUP (Alberta and Saskatchewan). Internet : <http://meridianlawgroup.ca/wp_super_faq/is-family-mediation-confidential>.)

What happens if we cannot reach an agreement through mediation?

The mediator will refer you to your lawyer or a court officer, to discuss your options. If you were referred to mediation through the court's program, the court will be informed only that you were not able to reach a mediated agreement. In **closed mediation**, the details of discussions during mediation are not disclosed to the court.

(FAMILY LAW NOVA SCOTIA. Internet : <<http://www.nsfamilylaw.ca/services/court/mediation>>.)

²Maggie Hall, M.S.W., Court Mediator, Ontario Court (General Division) Family Court Mediation Service, Hamilton, Ontario on January 28, 1997.

³ Sandra Dean, Director, Manitoba Family Conciliation on January 30, 1997.

⁴ Ken Acton, Director of Mediation Services, Saskatchewan Mediation, Department of Justice on February 12, 1997.

Open mediation is a process that may result in the mediator preparing a report outlining the areas of agreement reached during the mediation. The mediator's report will not include any recommendations or opinions, or commentary on behaviours or abilities. Mediation processes are presumed to be confidential and closed unless all participants have agreed to open mediation and the terms thereof are explicitly in writing or a court has ordered open mediation. [Nous soulignons.] (Family Mediation Canada (FMC). « Practice, Certification and Training Standards ». Internet. < <http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/CertificationStandards.pdf>>.)

ÉQUIVALENTS

Nous avons relevé l'expression « médiation ouverte » dans un jugement ontarien dans la banque CanLII :

Afin d'essayer de trouver une solution vis-à-vis le point en question et afin d'éviter la nécessité de litige, les deux parents ont accepté de participer à la **médiation ouverte** et pour cette raison, ils ont retenu les services de madame Sly en 2009. (*Benoit c. Dionne*, 2011 CSON 4660 (CanLII).)

La recherche de l'expression « médiation fermée » dans la même banque n'a quant à elle donné aucun résultat.

Nous l'avons toutefois relevée en ligne dans un texte de l'Association des juristes d'expression française de l'Ontario, dans une page tirée du site d'un avocat médiateur québécois, dans un livre publié au Québec ainsi que sur le site Web et dans un livret du ministère du Procureur général de l'Ontario qui sont bilingues :

Médiation fermée : Tout ce qui est discuté entre les parties et entre les parties et le médiateur ainsi que les documents utilisés et partagés sont confidentiels et ne peuvent pas être divulgués ou invoqués comme éléments de preuve dans le cadre d'un litige ou d'un arbitrage éventuel. Il existe un très petit nombre d'exceptions, comme lorsqu'on craint pour le bien-être et la sécurité de l'enfant, ou de l'une des parties. Il y a également des cas où la divulgation est nécessaire afin de dévoiler une menace réelle ou perçue qui touche la vie ou la sécurité physique d'une personne. Le médiateur ne rend pas compte aux avocats ni au tribunal des progrès de la médiation et ne communique pas son opinion sur les questions qui ont été réglées durant la médiation à tout autre personne que les parties. Le rapport du médiateur indique seulement que la médiation a pris fin avant résolution des différends ou avec résolution de certains différends. En Ontario, la **médiation fermée** est la norme. [...]2. **Médiation ouverte** : Ce qui est discuté en médiation n'est pas confidentiel. Le médiateur pourrait être appelé à divulguer la teneur des discussions dans le cadre d'un litige ou d'un arbitrage éventuel. Il pourrait aussi soumettre un rapport sur le processus de médiation et sur toute autre information jugée pertinente. Dans une **médiation ouverte**, l'entente de médiation ou le contrat de médiation peut aussi autoriser le médiateur à préparer un rapport à l'issue de la médiation. 3. Médiation ouverte et fermée (hybride) : Les parties et le médiateur s'entendent sur les renseignements qui pourront être divulgués à l'issue de la médiation. Il est essentiel que la convention de médiation énonce expressément quels éléments pourront être divulgués et dans quel contexte une telle divulgation peut avoir lieu.

(Association des juristes d'expression française de l'Ontario, « Accompagner les parties vers une entente. Guide de formation en médiation familiale » Guide du formateur. Internet : <<http://img.ekocard.ekofrms.com/prj/phpDbMJNd1368633774.pdf>>.)

Lors d'une séance de **médiation fermée**, les discussions entre les parties sont strictement confidentielles et ne peuvent pas être utilisées comme éléments de preuve lors d'un procès.

Il est possible que les parties s'entendent pour une médiation de type « **ouverte** ». Cela signifie que la séance de médiation n'est pas confidentielle. Dans une **médiation ouverte**, le contrat de médiation peut aussi permettre au médiateur de préparer un rapport lors de la conclusion de la médiation.

(Internet : < <http://dominiqueratellemediation.com/lamediation/>>.)

Distinction entre **médiation fermée** et **médiation ouverte**

[médiation] **fermée**

L'enjeu de la médiation est de trouver une entente; à défaut, l'une ou l'autre des parties en litige a le choix de recourir au système judiciaire (ex. : séparation, divorce, garde légale des enfants).

Le contenu des discussions n'est rapporté à personne, dans aucun lieu ni aucun système, sauf éventuellement pour le résultat.

[médiation] **ouverte**

L'enjeu de la médiation est de trouver une entente; à défaut, le litige traité est automatiquement référé à des instances sociojudiciaires ou au système judiciaire qui dispose de la cause (LPJ [*Loi sur la protection de la jeunesse*], LJC [*Loi sur les jeunes contrevenants*]).

Le résultat des discussions est automatiquement rapporté à d'autres instances comme le système judiciaire (LJC).

(BERNARD, Luc, *Médiation et négociation en relation d'aide et en contexte d'autorité*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2002, p. 21. (Google Books))

Les médiateurs sont habituellement des travailleurs sociaux, des avocats, des psychologues ou d'autres professionnels. Lorsque ces professionnels travaillent à titre de médiateurs en droit de la famille, leur responsabilité est d'aider les parties à aboutir à une entente relativement aux paiements de la pension alimentaire, le partage des biens, la garde des enfants et les droits de visite ou d'autres questions propres au droit de la famille. Les médiateurs sont impartiaux et ne prennent pas de décisions au nom des parties. Ils ne peuvent pas non plus donner de conseils juridiques.

Une partie qui envisage de recourir à la médiation devrait consulter un avocat avant de retenir les services d'un médiateur. Il est recommandé de connaître la loi ainsi que vos droits et obligations avant le début de la médiation. Les avocats ne se rendent pas habituellement aux séances de médiation avec les parties. Toutefois, il est important que les parties montrent à leurs avocats toute entente conclue durant la médiation. Si vous envisagez de soumettre un conflit de droit de la famille à la médiation, vous devrez décider si la **médiation sera ouverte ou fermée**.

Dans une séance de **médiation fermée**, les discussions entre les parties sont confidentielles et ne peuvent pas être invoquées comme élément de preuve contre la partie adverse, sous réserve d'un très petit nombre d'exceptions (par exemple, en cas de craintes pour le bien-être de l'enfant). En outre, le médiateur ne rendra pas compte aux avocats ou au tribunal des progrès de la médiation ni ne fera connaître son opinion sur les questions qui ont été négociées à la séance de médiation à quelqu'un d'autre que les parties.

La médiation ouverte signifie que la séance n'est pas confidentielle. Dans une médiation ouverte, l'entente de médiation ou le contrat de médiation peut aussi autoriser le médiateur à préparer un rapport à l'issue de la médiation.

Les parties devraient signer une entente de médiation ou un contrat de médiation qui précise si la **médiation sera ouverte ou fermée**. Vous pouvez demander au médiateur de plus amples renseignements sur les différences entre des séances de **médiation ouvertes ou fermées**. [Nous soulignons.] (Ministère du Procureur général de l'Ontario, Services de médiation familiale. Internet : <<https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/family/mediation.php>>.)

Si la médiation ne fonctionne pas, le médiateur peut-il dire au tribunal ce qui s'est dit durant la médiation?

Cela dépend de ce que vous avez choisi: la médiation « ouverte » ou la médiation « fermée ». Avant le début de la médiation, vous et votre conjoint déciderez de ce point. Dans une **médiation ouverte**, le médiateur rédige un rapport complet sur ce qui s'est passé durant la médiation, et il peut y inclure tout ce qui, d'après lui, est important. Cette information est mise à la disposition du tribunal. Dans une **médiation fermée**, le rapport du médiateur dira uniquement quelle entente vous avez conclue ou il dira que vous n'avez pas conclu d'entente.

(Ministère du Procureur général de l'Ontario, Division des services aux tribunaux. « Ce que vous devez savoir sur le Droit de la famille en Ontario », Ontario, révisé en novembre 2012. Internet : <<https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/family/familyla.html>>. (Site bilingue.)

En ce qui concerne l'adjectif « fermée » dans le tour « médiation fermée », nous ne sommes pas convaincus aux premiers abords qu'il soit le qualificatif approprié de « médiation ». Il laisse, en fait, planer une ambiguïté quant à la notion véhiculée.

Nous avons remarqué que le ministère du Procureur général de l'Ontario utilise également le terme « médiation confidentielle » pour rendre le terme *closed mediation* et le terme opposé « médiation non confidentielle » pour rendre le terme *open mediation* dans les *Politiques relatives aux services de médiation subventionnés par le gouvernement à la Cour de la famille*.

Médiation confidentielle et médiation non confidentielle

Les services de médiation devraient fournir à la fois la **médiation confidentielle et la médiation non confidentielle**. L'accord de procéder à la médiation, conclu entre les services de médiation et les clients, doit clairement énoncer aux clients les conséquences éventuelles de procéder à la **médiation non confidentielle**. (MINISTÈRE DU PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO. « Politiques relatives aux services de médiation subventionnés par le gouvernement à la Cour de la famille » Internet : <https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/family/policies.php>.)

Du point de vue linguistique, le terme « confidentiel » paraît convenir aux premiers abords pour rendre la notion de *closed*.

confidentiel, ielle [kɔ̃fidãsje] adj.

ÉTYM. 1775 ; de confidence.

1 Qui se dit, se fait sous le sceau du secret. Avis, entretien confidentiel. Lettre, note confidentielle. Pli, dossier confidentiel, très confidentiel, ultra-confidentiel → 1. **Secret ; top secret** (anglic.). — Confidentiel (sur un pli, un dossier).

(© 2017 Dictionnaires Le Robert - Le Grand Robert de la langue française)

Par contre, du point de vue juridique, le terme « médiation confidentielle » et son opposé « médiation non confidentielle » ne semblent pas convenir, puisque la médiation est, par nature, confidentielle – principe qui est par ailleurs évoqué dans le dossier CTTJ 306. Citons seulement ici les définitions relevées à ce sujet dans le *Dictionnaire de la résolution amiable des différends* :

***Engagement en médiation / accord initial / protocole de médiation**

Mediation initial agreement

Mediationsvertrag

Voir aussi : *Forme*

[...]

Contenu

Le médiateur s'engage à conduire le processus de médiation conformément aux règles légales et/ou déontologiques [neutralité (→), impartialité (→), indépendance (→)] et à garantir le cadre (→) de la médiation [liberté (→), responsabilité (→), confidentialité (→)]. Les parties s'engagent de leur côté à respecter certaines règles de courtoisie, de respect (→) de la parole de l'autre ainsi que la confidentialité. Cet accord est aussi l'occasion d'informer les parties sur la liberté qu'elles gardent tout au long du processus d'y mettre fin sans devoir en justifier du motif. Il permet aussi de fixer la rémunération (→ *Honoraires*) du médiateur.

[...]

*Confidentialité (principe de)

Confidentiality

Vertraulichkeit

Voir aussi : Confiance ; Liberté ; Principes RAD/ADR

[...]

La confidentialité joue un rôle déterminant dans la plupart des modes amiables. En particulier dans certains cadres de négociation, dans pratiquement presque toutes les approches (→) de médiation, dans la conciliation et plus rarement dans certains services d'ombudsman (→). La raison en est la même partout : la confidentialité est le corollaire de la liberté (→) et de la responsabilité (→) des parties, car c'est sans crainte ni entrave que les parties doivent pouvoir ainsi s'exprimer sur le fond et formuler des propositions sans que celles-ci ne puissent se retourner contre leurs auteurs.

La confidentialité, garantie selon les cas par la coutume (négociation sous les réserves d'usage, codifiée depuis), par un contrat et/ou par la loi, va engendrer la confiance (→), qui à son tour favorise les confidences. La confidentialité appuie le devoir de sincérité et celui de transparence (→) prévus dans mainte forme de résolution amiable. On peut dire, avec l'expérience et le recul du temps, que la confidentialité constitue la clef de voûte des résolutions amiables, et que les problèmes commencent à se poser là où elle se nuance ou s'atténue. Or la confidentialité n'a pas la même portée dans les différents modes de résolution, et elle implique des engagements différents vis-à-vis des acteurs concernés : les parties et le tiers. [Références omises.]

(MIRIMANOFF Jean, dir., *Dictionnaire de la résolution amiable des différends*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2015, s.v. « Engagement en médiation / accord initial / protocole de médiation » et « Confidentialité (principe de) ».)

Dans le contexte néo-écossais suivant, la locution « à huis-clos » a été utilisée dans le *Guide d'utilisation de la médiation en droit de la famille* (publication bilingue) pour rendre le terme *closed* :

Est-ce que la médiation est confidentielle?

La médiation **se déroule à huis clos**, ce qui veut dire que tous les documents, les communications et les notes prises pendant la médiation sont confidentiels et que le médiateur ne peut être appelé à comparaître comme témoin dans une poursuite judiciaire. Le médiateur ne communiquera aucun renseignement sans votre permission ou celle de l'autre partie, sauf s'il y est tenu par la loi, dans des cas de violence envers des enfants ou des adultes vulnérables. Ne manquez pas de demander à votre médiateur quelle est sa politique en matière de confidentialité.

[...]

Que se passera-t-il si nous n'arrivons pas à nous mettre d'accord?

Dans ce cas, le médiateur vous recommandera de discuter des options possibles avec votre avocat ou un agent du tribunal. Tout ce que le tribunal saura c'est que la médiation n'a pas permis aux parties de régler leur différend. Les discussions qui ont lieu pendant la **médiation à huis clos** ne sont pas communiquées au tribunal. [Nous soulignons.]

(*Guide d'utilisation de la médiation en droit de la famille*, Division des services judiciaires du ministère de la Justice de la Nouvelle-Écosse, Mai 2008, Internet : <https://novascotia.ca/just/srl/guides/docs/fam%20div%20guide%20using%20mediation%20fr.pdf>)

Nous écartons d'emblée cette locution, car elle ne correspond pas à la notion analysée. En effet, le terme « à huis-clos » signifie ceci :

B. (À) huis clos

2. Domaine juridique.

a) À *huis clos* (loc. adv.) Sans que le public soit admis, sans publicité des débats. *Délibérer, juger à huis clos. Dans le procès Esterhazy, le même ministre (...) fera acquitter son uhlan à huis clos, et à huis clos encore, peut-être, condamner le colonel Picquart* (CLEMENCEAU, *Iniquité*, 1899, p. 118). *Le Sénat siégeait à huis clos* (LIDDERDALE, *Parlement fr.*, 1954, p. 27).

b) *Huis clos* (subst. masc.) Décision de la juridiction de jugement de ne pas admettre le public à l'audience, contrairement au principe de la publicité des débats, lorsque la publicité serait dangereuse pour l'ordre public ou les bonnes mœurs. *Demander le huis clos. Un murmure général de désappointement s'éleva quand les huissiers annoncèrent que le tribunal ordonnait huis clos pour ce jugement* (BOREL, *Champavert*, 1833, p. 34). *La seconde journée ouvre elle aussi par une « affaire de mœurs ».* *Le président ordonne le huis clos* (GIDE, *Souv. Cour d'ass.*, 1913, p. 627) :

2. Le gouvernement du suffrage universel est, par définition, le gouvernement de l'opinion publique dans la pleine lumière, et tous les citoyens, hommes privés ou publics, ont pour suprême garantie de leur honneur, de leur vie, de leurs biens, la justice au grand jour. Dans l'intérêt des bonnes mœurs, on a cru devoir laisser au juge la faculté de prononcer le **huis clos**. Mais le **huis clos** lui-même comporte des conditions de publicité relative qui suffisent à protéger l'accusé contre les abus du pouvoir judiciaire. CLEMENCEAU, *Iniquité*, 1899, p. 31.

(*Le Trésor de la langue française informatisé*, s.v. « huis ». Internet. < <http://stella.atilf.fr>>.)

Huis clos (n.m.)

Expression signifiant «les portes étant fermées». Elle désigne une exception au principe de la publicité des débats, qui consiste à interdire au public l'accès à la salle d'audience.

Exemple

Les procès en matière familiale se déroulent à huis clos.

Remarque

En règle générale, le huis clos est ordonné lorsque sont en cause la morale ou l'ordre public, la protection des enfants ou la sécurité nationale.

Comparaison

in camera, ordonnance de non-publication

Anglais

exclusion of public, in camera

(REID, HUBERT. *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, version en ligne, édition révisée 2016).

Le terme *huis clos* concerne la publicité des débats, tandis que la *closed mediation* concerne plutôt le caractère privé d'un processus de médiation où le contenu ne peut pas être retenu contre une partie y ayant participé ni même être rapporté à un juge dans le cadre d'une procédure judiciaire.

Malgré l'ambiguïté que présente l'adjectif « fermée » dans le tour « médiation fermée », le Comité propose de tout de même retenir ce tour pour rendre le terme *closed mediation* afin de transposer l'opacité du terme anglais *closed*. Il propose également de retenir le terme « **médiation ouverte** » pour rendre le terme *open mediation*.

ANALYSE NOTIONNELLE

distance mediation

in-person mediation

Voici d'abord deux contextes pour le terme *distance mediation* :

Distance mediation is also an example of how technological products and technology-based processes can assist in bringing services to those with limited access to in-person services. ... Those involved in a **distance** mediation case with family justice counsellors can see and communicate with each other as well as the mediator in a safe and controlled virtual environment. The technology used by the mediators allows for the same level of discussion, interaction and dialogue as **in-person** mediation sessions, and the parties can use the platform to construct the terms of their agreements in real time. (ANTON. Suzanne. « The Attorney General's Page », *The Advocate* (Vancouver Bar Association) vol. 74, n° 2, 2016, p. 257. (HeinOnline))

The report further recommends at page 9 that the parties engage in co-parenting counselling. ... The recommendations include that both parents should remain guardians, sharing all parenting responsibilities, and if they disagree there is the suggestion of **distance mediation**. (*IN THE MATTER OF the Family Law Act*, S.B.C. 2011 c. 25 *Between S.L.M., Applicant, and D.L.W., Respondent*, [2015] B.C.J. No. 2992 (QL))

On remarque que les deux contextes ci-dessus se rapportent à la Colombie-Britannique. C'est en effet là qu'un projet a été implanté en ce sens. Voici un extrait de l'un des rapports produits pour l'organisme Mediate BC intitulé : *Evaluation of the Distance Mediation Project: Report on Phase II of the Technology-Assisted Family Mediation Project* :

A Note about the Term “**Distance Mediation**”

[F]or the purposes of this report, the term “**distance mediation**” has largely been settled on as the preferred term. In the client survey, **distance mediation** was explained simply as “a mediation using information/communication technologies”. The other important element of this term is, of course, that the mediator and one or both parties are not present in the same room as the mediator. The term is not entirely satisfactory in that respect, as it could as easily refer to “shuttle mediation” where both of the parties are not present in a room together. It was chosen, however, as it formed part of the name of the initiative — the Distance Mediation Project — and because its focus is more on the element of “distance” than on the specific technology used in bridging that distance for the parties. [Nous soulignons.] (Internet : <<http://www.mediatebc.com/PDFs/1-2-Mediation-Services/Distance-Mediation-Project---Evaluation-Report.aspx>>.)

On constate à la lecture des contextes que cette notion se rapproche de celle de *shuttle mediation* mais qu'elle s'en distingue tout de même.

Le terme *shuttle mediation* a été étudié dans le dossier CTTJ MSRD 306. Nous avons vu dans ce dossier que ce terme désigne un processus de médiation dans lequel le médiateur rencontre les parties individuellement et fait la navette entre elles. Nous avons vu aussi que ce type de médiation est utile aux parties qui ne souhaitent pas être en présence l'une de l'autre.

On voit que la notion de *distance mediation* se distingue en ce sens que les parties peuvent être en présence « virtuelle » l'une de l'autre et avec le médiateur. Tous les acteurs ne sont seulement pas physiquement en présence les uns des autres.

“**Distance Mediation**”

Another term used throughout the guidelines is the term “distance mediation”. This term refers to any mediation using information and communication technologies, and in which one or both parties are not present in the same room as the mediator.

(Mediate BC Society. « Mediating from a Distance – Suggested Practice Guidelines for Family Mediators », second edition, 2012, Vancouver, p. 3 à l'adresse <https://www.mediatebc.com/sites/default/files/Guidelines_Mediating-from-a-Distance-%28Second-edition%29_0.pdf>.)

À la notion de *distance mediation* s'oppose, entre autres, celle d'*in-person mediation* :

[...] it may become apparent over the course of a traditional, **in-person mediation** — or during a shuttle mediation — that **distance mediation** would be more suitable. (MEDIATE BC SOCIETY. « Mediating from a distance. Suggested Practice Guidelines for Family Mediators », p. 12.
Internet : <[http://www.mediatebc.com/PDFs/1-14-Family-Mediation---FAQs/Guidelines_Mediating-from-a-Distance-\(Second-edition.aspx\)](http://www.mediatebc.com/PDFs/1-14-Family-Mediation---FAQs/Guidelines_Mediating-from-a-Distance-(Second-edition.aspx))>.)

Notons que dans ce contexte, les termes *shuttle mediation* et *distance mediation* sont employés distinctement.

ÉQUIVALENTS

L'expression « médiation à distance » se trouve dans l'usage en français dans le domaine des MSRD. Voici deux contextes d'emploi provenant du Québec :

D) « Médiation à distance »

Ce terme fait référence à toute médiation qui fait appel à des technologies de l'information et de la communication, alors que les parties sont éloignées géographiquement les unes des autres ou du médiateur, et ne peuvent se déplacer pour participer à une séance de médiation en personne en raison des coûts ou, notamment, dans des cas de violence conjugale. (COMITÉ DES ORGANISMES ACCRÉDITEURS EN MÉDIATION FAMILIALE, « Médiation à distance. Manuel pratique de la médiation familiale à distance », p. 5.
Internet : <<http://coamf.org/le-guide-de-la-mediation-a-distance-61.html>>.)

D'abord, de quoi est-il question lorsqu'on parle de **médiation à distance** ou de médiation assistée par la technologie? Ces termes font référence à toute médiation utilisant les technologies de l'information et de la communication, alors que les parties sont éloignées géographiquement les unes des autres ou du médiateur, et ne peuvent, pour des raisons pratiques, se déplacer pour participer à une séance de médiation en personne. La **médiation à distance** peut être effectuée à l'aide de plusieurs moyens de communication : téléphone, conférence téléphonique, téléconférence, courriel, messagerie texte, etc. (BARREAU DU QUÉBEC. « Médiation à distance. Manuel pratique de la médiation civile et commerciale à distance », p. 5.
Internet : <<https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/manuel-mediation-civile-commerciale-distance.pdf>>.)

Dans ce dernier contexte, on mentionne dans les remerciements préliminaires que le manuel est « tiré du guide *Mediating from a distance – Suggested practice guidelines for family mediators*, publié en octobre 2012 par Mediate BC Society, et traduit et adapté au Québec par le Comité des organismes accréditeurs en médiation familiale (COAMF) en octobre 2014 ».

On désigne clairement la notion à l'étude dans les contextes précités. Voici un dernier contexte d'emploi relevé dans une page du ministère de la Justice fédéral :

Voici quelques exemples de projets et de services qui ont reçu du financement :

[...]

L'élaboration de lignes directrices cliniques, de pratiques exemplaires et de politiques en vue d'offrir de la **médiation à distance** en Colombie-Britannique; [...] (CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, « Évaluation de l'Initiative de soutien des familles vivant une séparation ou un divorce ». Internet : <<http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/pm-cp/eval/rap-rep/14/sfvsd-sfesd/p4b.html>>.)

Cet équivalent ne pose pas problème; nous recommandons donc l'équivalent « **médiation à distance** » pour rendre le terme *distance mediation*.

Quant à *in-person mediation*, nous avons relevé dans l'usage l'expression « médiation en personne ».

Comme il existe plusieurs aspects uniques à la médiation à distance qui ne sont pas prévus dans le contrat de **médiation en personne**, le document que vous utilisez normalement devra probablement être adapté à cette fin. (p. 10)

[...]

Bien qu'il soit plus difficile pour un médiateur de désamorcer une situation hautement émotive à distance, certaines des options d'intervention sont similaires à celles offertes dans le cadre de la **médiation en personne**. (p.19) (BARREAU DU QUÉBEC, « Médiation à distance. Manuel pratique de la médiation civile et commerciale à distance », p 10 et 19. Internet : <<https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/manuel-mediation-civile-commerciale-distance.pdf>>.)

La locution « en personne » signifie :

(1464). En personne : soi-même, lui-même. Même. → En chair et en os. | Venir (→ Courier, cit. 7), aller quelque part (→ Main, cit. 13) en personne. | L'évêque officiait en personne (→ Notabilité, cit. 1). — Fig. | La vérité en personne (→ Excuse, cit. 6) : la vérité personnifiée*, incarnée.

13 Il est impassible, il se moque de tout, c'est vraiment le calme en personne, la sécurité dans la force.

Émile Henriot, *le Diable à l'hôtel*, vii.

(*Le Grand Robert de la langue française*, version électronique, s.v. « personne ».)

Dans le contexte cité plus haut, on comprend que l'expression « médiation en personne » s'oppose à la médiation à distance et suggère donc que les parties sont en présence les unes des autres.

Nous proposons donc de retenir l'équivalent « **médiation en personne** » pour rendre le terme *in-person mediation*.

ANALYSE NOTIONNELLE

caucus

caucus session

individual meeting

individual session

joint meeting

joint session

plenary session

separate caucus

separate caucus session

Dans le cadre du processus de médiation en droit familial, les termes *individual meeting* et *individual session* (deux termes employés indifféremment pour désigner la même notion) désignent l'étape préparatoire à la médiation, tandis que la *joint meeting* et la *joint session* (deux termes employés indifféremment pour désigner la même notion) désignent l'étape où les parties entreprennent à proprement parler leur médiation. Ainsi, les deux premiers termes s'opposent respectivement aux deux derniers termes.

1- Each party has an **individual meeting** with the Mediator, to make sure mediation is appropriate for them.

2- The Mediator facilitates **joint sessions** to help the parties reach an agreement.

[...]

(Internet : <http://silbertfamilylaw.com/process/mediation/>)

What is The Mediation Process?

Generally the mediator will meet with all parties individually and then move on to **joint or group sessions**. The **individual meetings** are confidential.

After **joint or group meetings** are complete the mediator may document all of the issues that you've agreed to into a Memorandum of Understanding.

Sessions run as long as you want. The number of sessions depends on how many issues there are, the level of complexity and how well you get through the issues. [Nous soulignons.]

(Internet : <http://familiesfirstmediation.com/faqs/>)

What to Expect

When you contact our office to request mediation services, you will be sent an information sheet and a client questionnaire. Once you return the questionnaire the mediator will contact you to arrange an **individual meeting** where she will take time to ensure she understands what your goals for mediation are. After the **individual meetings** have taken place, **joint sessions** will be scheduled. The joint mediation sessions are normally about 2 hours in length. Typically, most separating couples can create a parenting plan in 10 hours or less. [Nous soulignons.]

(Internet : http://www.joanwright.ca/uploads/mediation_of_parenting_plans1.pdf)

Family mediation is a voluntary process in which a third party assists by helping couples who have separated arrive at an agreement without the necessity of attending Court. A mediator will meet with each individual separately prior to holding a **joint meeting**. A mediator is a neutral party and does not represent the interests of either party. [...][Nous soulignons.]

(Internet : <http://www.alliedlegal.ca/family.php>)

What exactly happens in mediation?

Our first meeting will begin with separate, back-to-back, **individual intake meetings**. The **individual meetings** give me an opportunity to get to know each client separately, so that I can better understand the issues and concerns that are most important to each person. The **individual meetings** also give each client an opportunity to get to know me, to gain an understanding of the process, and to ask questions or express concerns in a confidential setting.

Following the **individual meetings**, if I determine that the case is an appropriate one for mediation, I will commence the first **joint meeting**.

As a first step in this initial **joint meeting**, we will go over the Agreement to Mediate, which describes the process and the role of the mediator. The Agreement to Mediate also sets out my fees. The parties will be asked to sign this agreement and provide a retainer prior to commencement of the **joint sessions**. If the clients have any questions or concerns about the Agreement or the fees, they will have an opportunity to address these concerns at this time.

After signing the Agreement to Mediate, we shall set an agenda of issues we need to discuss and resolve, and then begin working through them in an orderly way.

Because the **individual meetings** each take approximately one hour, we will usually spend up to three further hours on the **joint meeting** for a total of five hours on the first day.

Following the first meeting, I will email you a summary of the points tentatively agreed upon. This email will also contain "homework" to be completed prior to the second session (for example, financial documentation to be collected), and a proposed agenda for the next meeting. We will schedule a second meeting via email.

The second and subsequent meetings (if necessary) will each be four to five hours in length as well. In this way, we can be extremely efficient and accomplish as much as possible in each meeting. This translates to reaching a final tentative agreement after only a few sessions.

After we have a final tentative agreement on all issues, I will draft a document called a “Memorandum of Understanding” which can be converted to a Final Separation Agreement after clients have obtained independent legal advice (ILA). [Nous soulignons.]

(Internet : <http://www.torontofamilylaw.com/articles/pub:6/Family-Mediation-Toronto--What-Is-Family-Mediation>)

How long will mediation take?

After the initial **individual sessions** with the mediator, the number of **joint session** will depend on the complexity of the issues between you and your spouse. The two of you will create your own agendas and with the assistance of the mediator, you will work toward an agreement exploring your goals and interest.

How do I decide if a mediator is right for me and what qualities should I look for in a mediator?

A mediator should take time to speak with both you and your spouse – at first, usually by phone or by individual meetings. Further, throughout the **joint mediation sessions**:

- You need to feel comfortable with the mediator and not be afraid to ask questions.
- The process should be fully explained to you and you should feel free to ask questions and find out what this mediator can offer you and your spouse.
- The mediator should be empathic and a good listener throughout the whole mediation process – even with the initial phone call. You need to feel that the mediator understands your interests and needs. Also, it is important to feel that the mediator understands your spouse and their issues.
- You need to ask them about their training and experience – this is very important as there is no professional regulatory body for mediators.
- One of the most important factors is rapport – do you sense a connection with the mediator? You need to feel that you can trust the mediator to be impartial and unbiased.
- You will need to feel safe in the mediation room – safe enough to tell your spouse what it is that you want and why. You need to feel that your voice is heard by the mediator and your spouse. It is up to the mediator to create an environment where this happens.
- One of the most important tasks of the mediator is to help you communicate with your spouse – to help each of you get all your issues and concerns on the table and then help you deal with each one of them.
- A good mediator will offer creative solutions to help you and your spouse resolve difficult issues.

[...][Nous soulignons.]

(Internet : <<https://www.mvfamily.ca/mediation-faqs.php>>.)

Aux fins des présents travaux, nous proposons donc de réserver des entrées distinctes aux termes *individual meeting* et *individual session* de même qu’à leur antonyme respectif *joint meeting* et *joint session*, en raison de la marque linguistique qui les distingue.

En règle générale, le jour de la médiation, le médiateur rencontre les parties au cours d’une *plenary session* (appelée aussi *joint meeting* ou *joint session* dans les contextes précités). En plus de leur expliquer le processus, il leur résume les positions qui les opposent. Tantôt le médiateur travaille avec les deux parties (*plenary session*, *joint meeting* ou *joint session*) tantôt il travaille avec seulement l’une d’elles (*caucus session*). Pour illustrer ce propos, les auteurs Glaholt et Rotterdam expliquent qu’une fois que le médiateur a présenté un résumé des positions opposées des parties, ces dernières peuvent insister pour d’abord présenter leur position respective, ou il se peut que le médiateur l’exige. Cet échange peut parfois être chargé en émotions et de l’hostilité peut se manifester entre les parties. C’est à ce moment que les *caucus sessions* interviennent pour recadrer le différend. Le médiateur travaille alors individuellement avec les parties lors de *separate caucus sessions* ou de *caucus sessions*.

II. PRIVATE DISPUTE RESOLUTION

2. Mediation

(6) Conduct of the Mediation

HDR-11 **Typical mediation**. The parties will usually agree in advance to a schedule for the exchange of mediation briefs outlining and documenting their respective legal positions, and perhaps their commercial or other interests. These mediation briefs are usually exchanged by the parties and provided to the mediator in advance of the mediation session. On the date of the mediation event, the parties convene in plenary session where the mediator makes introductions, briefly describes the mediation environment and process, and often presents a short summary of the opposing positions. In some cases, the parties will insist on, or the mediator will require, opening statements from the parties or their legal counsel. Opening statements can serve to vent and discharge emotion and hostility. The mediator then may work with the parties, together or in separate caucus sessions, to assist them in reframing their dispute. The mediator will remove cognitive bias, shape the dialogue with questions, elicit creative and constructive solutions from the parties, and attempt to find common ground. The mediator will help the parties replace their conflict-saturated, positional narratives into a settlement narrative. The work of the mediator in **caucus sessions** may require the mediator to meet separately with representatives of the parties, with or without counsel. The power to do so is often included expressly in the mediation agreement. If the parties reach a settlement, the mediator will assist them in reducing their agreement to writing and will usually supervise, but not be responsible for, the due and proper execution of binding minutes of settlement.

(D. W. Glaholt et M. Rotterdam, *Halsbury's Laws of Canada – Alternative Dispute Resolution*, rééd. LexisNexis Canada, 2018 au HDR-11 Typical mediation.)

Voici des exemples d'emploi dans la jurisprudence, le premier est tiré d'un contexte ontarien et le deuxième d'un contexte britanno-colombien :

[16] The mediation began on November 2, 2004, with a **plenary session** of all parties and counsel. The parties and counsel then separated into three rooms (Dr. Olivieri; respondents; CBC defendants), where they remained for the rest of the day. Mr. Adams conducted "shuttle diplomacy" among the parties. No other **plenary session** ever took place.

(*Olivieri v. Sherman*, 86 O.R. (3d) 778 (QL).)

70 Mr. Laudidio said that the first session was a "**plenary session**" where the Mr. Laudidio, Mr. Olenga, Mr. Collins and Ms. Walker met in a meeting room with the mediator. Mr. Laudidio says that he presented Mr. Olenga's point of view, he pointed out the July 1997 accident but that Mr. Olenga was on the mend when the May 2000 accident occurred. It was a setback and an exacerbation of Mr. Olenga's existing injuries from the July 1997 accident. Mr. Collins then gave his submissions, including that Mr. Olenga was entirely liable for the May 2000 accident and that he was disabled from injuries from the July 1997 accident at the time. Some questions were asked and then Mr. Laudidio said "we started talking numbers".

(*Olenga v. Sisett & Co.*, [2010] B.C.J. No. 359 (QL).)

Ainsi, nous comprenons que la *individual session* sert de séance préparatoire à la médiation où le médiateur rencontre individuellement chaque partie au différend (ex. pour fixer les objectifs), que la *joint session*, la *joint meeting* ou la *plenary session* sert à proprement parler de séance de médiation où les deux parties sont présentes et que le *caucus* ou la *caucus session* sert de séance pour recadrer le différend en marge de la *joint session*, la *joint meeting* ou la *plenary session* où le médiateur rencontre seulement une seule partie au différend (c'est comme le dit un des auteurs précités « *a play within a play* »).

En ce qui concerne le terme *plenary session*, comme il est indiqué ci-dessus, nous constatons une synonymie imparfaite avec les termes *joint session* et *joint meeting* pour désigner la même notion en cause. En fait, nous remarquons que les termes *joint session* et *joint meeting* servent à créer une opposition avec les termes *individual session* et *individual meeting*, ce qui n'est pas le cas avec le

terme *plenary session*. Bien qu'ils désignent la même notion, les termes *plenary session*, *joint session* et *joint meeting* ne sont pas parfaitement interchangeables.

À l'instar des contextes précités, nous avons également relevé le contexte suivant où les auteurs utilisent le terme *plenary session* dans le cadre de la résolution de différend dans le domaine de la construction.

IV. REMEDIES

7. Alternative Dispute Resolution

(2) Mediation

Process. Mediation does not have to follow any set procedures. It is unburdened by legal rules of evidence or other strictures. The parties agree to mediate, choose their mediator and agree on a time and a place to mediate. The parties also agree on a briefing schedule. Mediation sessions often commence in **plenary session**, but this step can be dispensed with by the parties. Caucus sessions are used to focus parties on their interests. The mediator will usually take responsibility for documenting any settlement reached. If a mediation fails to achieve a settlement, the dispute continues as if the mediation had never taken place. Parties are free to mediate as often as they choose.

(D. W. Glaholt et M. Rotterdam, *Halsbury's Laws of Canada – Construction*, rééd. LexisNexis Canada, 2017 au HCU-153 Generally.)

Il n'est pas aisé pour le moment de constater lequel des termes *plenary session*, *joint session* et *joint meeting* est davantage utilisé. Nous les retenons tous les trois dans des entrées distinctes étant donné la marque linguistique qui les distingue.

Dans le document intitulé *Practice, Certification and Training Standards* publié par l'organisation *Family Mediation Canada*, on définit le terme *caucus* de la façon suivante :

Caucus means a separate session or meeting held at the beginning of or during the mediation process, in which the mediator meets with fewer than all participants.

(Internet : <<http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/CertificationStandards.pdf>>.)

Dans le *Dictionary of Conflict Resolution*, on trouve une entrée « *caucus, private position* », avec la définition qui suit :

In mediation, private, confidential meeting between the mediator and one or more participants that excludes other participants; sometimes called the private position.

...

Although most **caucuses** are between the mediator and one of the disputants, perhaps accompanied by counsel, mediators can meet with various combinations of participants, such as with the parties' counsel, with disputants exclusive of counsel, and with different combinations of disputants in a multiparty dispute. For example, the mediator can caucus with attorneys for one or both parties, individually or together, to consider matters that the attorneys are more comfortable discussing in their clients' absence.

...

En fin d'article, on trouve aussi cette remarque étymologique :

The word *caucus* has been traced to Native American origins, probably Algonquian, meaning "elder," "counselor," or "he gives advice to." An unsubstantiated story concerning its origins describes the caucus as a problem-solving meeting among tribal leaders. In such meetings, solutions were suggested first by lowest status leaders and last by highest status leaders so that the opinion of the highest status individual would not influence the opinion of the others.

(YARN, D. H., éd., *Dictionary of conflict resolution*. Hoboken (New Jersey), Wiley, 2002.)

Voici quelques contextes d'emploi :

Moore provides the following description of the **caucus** technique:

In a **caucus**, the disputants are physically separated from each other and direct communication between parties is intentionally restricted. **Caucuses** are initiated in response either to external forces that affect the negotiators and the general conflict situation or to problems arising from issues, events, or dynamics in the joint session.

Caucuses are used to restrict direct communication between the parties. This would appear to be contrary to the purpose of **mediation** to facilitate communication, but caucusing has a corollary affect that enhances communication with the mediator. This type of communication is possible due to the physical isolation of the **caucus** from the **mediation**, giving it a team atmosphere. In the absence of the other party and his or her counsel, the party in **caucus** will communicate more openly with the mediator and the mediator may communicate in a less neutral way with the party.

Why do these consequences flow from the **caucus** structure? The **caucus** is, in fact, a play within a play, and the joint-session **mediation** itself now serves as the frame for each **caucus**. Masks worn at the joint-session may now be discarded under the protection of confidentiality.

[...]

The **caucus** is the environment that offers the most freedom in which to explore the hypothetical, and therefore the richest source of ideas for the resolution of the dispute [Références omises.]

(SMITH, Gary, « Unwilling Actors: Why Voluntary Mediation Works, Why Mandatory Mediation Might Not », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 36, 1998, p. 847, aux pages 868 et 869.)

When asked about whether or not she uses the **caucus** in her mediations, one respondent replied:

- Do I use **caucus**? Well, of course. It's a mediation process! I use **caucus** all the time because everyone expects it. Especially in the mandatory mediation cases. I suppose caucusing might not make sense in some situations where there are long-term relationships that need to continue, but you don't see that in mandatory mediation anyway.

When asked about what "triggers" the **caucus**, the same mediator replied:

- Invariably, when the defendant finishes his story, there is a pause. That signals that they think it is time for the **caucus**. The mediation is about them, so I **caucus**.

(HANYCZ, Coleen M., « Through the Looking Glass: Mediator Conceptions of Philosophy, Process and Power », *Alberta Law Review*, vol. 42, 2005, p. 819.)

Dans le contexte suivant, l'on aborde précisément le contrôle de la sécurité des participants dans le cadre de la médiation familiale avec l'occurrence *separate caucus sessions*.

E. Mid-Mediation Prompts or Queries

The skilled mediator is constantly looking for cues from the participants about the level of emotion they are experiencing, and watching for conflict or behaviours that are indicative of that emotion. Screening, therefore, goes on throughout the mediation process. Where a violent or abusive relationship has been disclosed between the parties, however, more proactive steps need to be taken to ensure the safety of participants, and others, over the course of the mediation.

From time to time, the parties should be asked explicit questions that are designed to gauge heightened levels of stress or anxiety about safety, and about anger, as mediation proceeds. These explicit questions or prompts about safety may be part of one of the adaptations discussed in the next section. For example, as

part of a discussion about how the parties will conduct themselves at the outset of mediation, there may be provision for **separate caucus sessions** with each party or some other process by which concerns about safety can be queried. Alternatively, upon observing the associated body language cues, the mediator may call a **caucus session** to ascertain the feelings of the parties and to determine what interventions, if any, may be necessary.

(British Columbia Mediator Roster Society, *Safety Screening in Family Mediation: A Discussion Paper*, 2008, p. 10, <[http://www.mediatebc.com/PDFs/1-23-Resources-\(For-Mediators\)/Screening_Family_Paper.aspx](http://www.mediatebc.com/PDFs/1-23-Resources-(For-Mediators)/Screening_Family_Paper.aspx)>.)

Nous notons que le *Black* recense le terme *separate caucus* sous la vedette *caucus* pour désigner la notion en cause :

separate caucus

A confidential mediation session that a mediator holds with an individual party to elicit settlement offers and demands. When separate caucuses are used, the mediator typically shuttles between the two (or more) sides of the dispute to communicate offers and demands.

(GARNER, Bryan A., éd., *Black's Law Dictionary*, 8^e éd., St.Paul (Minn.), Thomson West, 2004, p. 232.)

Voici un contexte canadien d'emploi du terme *separate caucus* :

In therapy, competing explanations of Maria's anger emerge. The therapist sees it as a result of the mother's interference, whereas Maria attributes it to John's neglect. These competing views could be transformed into complementarity and ultimately consensus, by using several techniques simultaneously, such as **separate caucusing**, building trust, reframing, and symbolic use of the children. During a **separate caucus** which put John safely out of earshot, Maria is told that John needs Maria's help to become a good father. The therapist-mediator asks, "Would she be willing to provide it for the sake of her children?" Irving and Benjamin add that "[f]ramed in this way it was difficult for Maria to say no." Guilt, said to play no part in mediation, is precisely what this tactic is designed to evoke.

Consequently, Maria's rational expression of her past and her needs is converted into pathological anger inspired by her mother. Maria is worked on to enlist her in John's cause. John's reasons for his anger with Maria are also enlisted - in his own cause. Further, John's threats of harm are ignored in this example of complementarity; in contrast with Maria, he need not feel guilty. Treating John's anger merely as a sign that his emotional separation from Maria is far from complete, the mediator bases John's therapy sessions on the need to 'normalize' his responses to the separation. John, we are told, needs to be affirmed as a person, a person who has felt betrayed and who has been a caring father. Not surprisingly, these tactics of affirmation also take place during a **separate caucus** and under the heading of building trust, similar to the orchestration of Maria's cooperation by allowing her to doubt John's adequacy. Ultimately, TFM reinstates, in the privacy and confidentiality of **separate caucusing**, what has traditionally been an overt and public affirmation of fathers' lack of emotional care and censure of female irrationality. [Références omises.]

(R. Phegan, *The Family Mediation System: An Art of Distributions*, (1995) 40 R.D. McGill 365 (QL), aux pages 411 et 412.)

Dans le contexte suivant, l'auteur utilise le terme *separate caucus* dans la partie où il soulève l'importance d'avoir des installations assurant le caractère privé des échanges d'une partie avec le médiateur.

Physical Arrangement of the Venue

[...]

Additional important physical arrangements are waiting rooms and facilities for caucuses (Stulberg, 1981a). Mediators need waiting rooms so that they do not have to associate publicly with one of the parties before joint meetings; disputants may perceive such fraternization as partial behavior. In volatile situations, mediators may also use separate waiting rooms for antagonistic or hostile parties. Caucus rooms are facilities

where mediation participants can meet privately during negotiations to deliberate privately on topics under discussion in joint sessions.

Caucus rooms should be near the site of joint negotiations but far enough removed so that they afford visual and auditory privacy.

It is important when working in **separate caucuses** to ensure that the parties are really separated and cannot observe or overhear each other. In one of my earlier cases, I requested a caucus with the parties and asked one of them to leave the conference room and go down the hall and wait in our firm's waiting room. He left the room, I closed the door and completed the private meeting with the other party.

But when I finished the caucus with the first party and went to the door and opened it to go down the hall to find the second one and bring him back for his private meeting, he fell into the room. He had not gone to the waiting room at all but had remained in the hall outside the mediation room, where he could listen to what was being said in the private meeting with his counterpart. This underscored for me the importance of ensuring that the parties and the mediator really are in a private setting.

Caucus rooms are also crucial in managing conflicts in which there are intense emotions, or in which a potential for violence exists (Schreiber, 1971). Mediators may use them only when there is a perceived need, or parties may be kept in separate rooms throughout the process, with the mediator shuttling between them to prevent the risk of violence.

(C. W. Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, 4^e éd., San Francisco (CA), John Wiley and Sons, 2014, p. 290.)

Dans le domaine à l'étude et selon les contextes recensés, il nous semble que les termes *separate caucus session*, *separate caucus*, *caucus session* et *caucus* se rapportent à une seule et même notion.

Nous ne retenons que le terme *caucus* aux fins des présents travaux puisque c'est le terme technique. Le terme *caucus session* et les termes formés avec l'adjectif *separate* nous semblent pléonastiques pour désigner l'entretien avec une seule partie – le *caucus* est par définition une « *session or meeting* » voire une « *separate session or meeting* ». En contexte, il semble que certains auteurs veuillent mettre un accent, s'il en est, sur la tenue d'une séance en marge de la séance plénière de médiation.

ÉQUIVALENTS

caucus

individual meeting

individual session

joint meeting

joint session

plenary session

Nos recherches n'ont donné aucun résultat sous l'entrée « rencontre individuelle » dans le domaine de la médiation familiale en common law, tant dans la jurisprudence que dans les bases de données (par exemple, Quicklaw et HeinOnline) et périodiques.

Bien que le processus de médiation au Québec diffère à certain égard dans ce domaine, les normes de pratique du médiateur appellent parfois à des rencontres individuelles avec les conjoints ou les parents.

SECTION 3 - LES RELATIONS ENTRE LES CONJOINTS/PARENTS

3.4 Rencontres individuelles et communications avec l'une ou l'autre des parties

Le médiateur peut communiquer avec les parties séparément, mais il est alors tenu de les en informer. Lorsqu'il reçoit d'une partie de l'information d'intérêt pour la médiation, il ne peut la communiquer à l'autre partie, à moins que celle qui a fourni l'information n'y consente (art. 611, Code de procédure civile).

[...]

Lorsqu'il s'avère pertinent d'avoir une **rencontre individuelle** entre le médiateur et l'un ou l'autre des conjoints/parents, ces rencontres ne peuvent avoir lieu sans le consentement de ces derniers, sur le fait qu'il y aura de telles rencontres sur le but, le déroulement, ainsi que sur la nature des rapports à fournir à l'autre conjoint/parent, le cas échéant. [Nous soulignons.]

(Comité des organismes accréditeurs en médiation familiale. « Guide de normes de pratique en médiation familiale », édition 2016, p. 12, en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/pdf/mediation/familiale/guide-pratique-meditation-familiale.pdf>>.)

Voici également un contexte relevé dans la jurisprudence québécoise où le terme « rencontre individuelle » est opposé au terme « rencontre commune » :

48 Elle souhaite également travailler sa relation avec le père des enfants et envisage positivement l'opportunité de participer à des séances de médiation avec l'intervenante désignée pour assurer la prise en charge. Cette dernière est d'ailleurs formée à cet égard. [...]

54 Les deux parents ont participé à une **médiation** avec l'intervenante sociale par le biais de **rencontres individuelles et communes**. Ils ont bien collaboré à la démarche et ont fait preuve d'ouverture d'esprit. Le tout a permis d'apaiser le climat de tensions entre les parents.
([Protection de la jeunesse -- 135482, \[2013\] J.Q. no 19226.](#))

Dans l'usage, il n'est pas rare non plus de voir le terme « rencontre individuelle » opposé au terme « rencontre commune ».

Concrètement, pour recourir à ce service, il suffit pour le citoyen de composer le 819 481-1507. En moins de 72 h, un médiateur bénévole entrera en contact avec lui pour entendre sa problématique et lui expliquer le rôle de l'organisme. Ensuite, une **rencontre individuelle** sera planifiée avec chacune des parties et si nécessaire, une **rencontre commune** sera organisée en présence de deux médiateurs dans le but de trouver une solution à l'amiable.

(Internet : <<https://www.lerefletdulac.com/un-nouveau-service-gratuit-pour-regler-des-conflits/>>.)

Nous avons aussi relevé deux contextes québécois en matière familiale où le terme « rencontre commune » est employé, dont celui-ci :

60 Une seule rencontre de médiation a eu lieu, et ce, à l'automne 2013. Le médiateur conclut que la rencontre n'a pas eu les résultats espérés, en raison de la forte réticence des parents et de leurs nombreuses argumentations.

61 Le 19 mars 2014, l'intervenante sociale a rencontré les deux parents ensemble dans le but qu'ils apprennent à mieux communiquer et à rester centrés sur l'intérêt de leur fils. L'ambiance de la rencontre a été teintée de méfiance et de rancunes et l'intervenante a dû intervenir à plusieurs reprises afin de recadrer la discussion. Ils ont pu tout de même parvenir à un consensus sur quelques points.

62 Lors de son témoignage, l'intervenante explique qu'elle est d'avis qu'avant de faire d'autres **rencontres communes** avec les deux parents, il sera d'abord important de travailler à les outiller davantage chacun de leur côté.

63 En raison du peu de progrès observés quant à la résolution du conflit parental, l'intervenante a dorénavant l'intention de travailler avec l'adolescent pour le renforcer et lui fournir les outils pour composer avec sa situation familiale.

(Protection de la jeunesse -- 142071, [2014] J.Q. no 8273.)

Au Québec, le terme « séance individuelle » est la plupart du temps opposé au terme « séance de groupe ». Nous sommes d'avis de ne pas retenir cet antonyme pour rendre le terme *joint session*, car il ne correspond pas à la notion analysée. La « séance de groupe » vise le cas où le médiateur est en présence de plus d'un couple par opposition à la « séance individuelle » où le médiateur est en présence d'un seul couple.

Qu'en est-il des principales caractéristiques de cette loi? En premier lieu, la médiation obligatoire a été remplacée par une séance d'information obligatoire qui peut être tenue en groupe ou individuellement, c'est-à-dire, dans ce dernier cas, que le médiateur est en présence d'un seul couple; contrairement à ce qui était prévu au projet de loi, cette séance n'est plus préalable à l'institution des procédures mais préalable à l'audition de la demande qui fait l'objet du différend entre les parents. On peut donc présumer que, dans la plupart des cas, il y aura déjà des procureurs au dossier. Par ailleurs, la **séance individuelle** n'a lieu que si les parties s'entendent sur ce type de séance ainsi que sur le choix du médiateur qui la présidera. À défaut d'entente, les parties devront s'en remettre à la **séance de groupe** organisée par le Service de médiation familiale de leur district et elles pourront y assister ensemble ou séparément, en s'inscrivant au Service de médiation de leur choix.

(Internet : <<http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol29/no15/mediationfamiliale.html>>.)

Dans la présente analyse, les appellations françaises des termes *joint session* et *joint meeting* diffèrent de celles qui figurent dans le dossier CTTJ 301, puisque les contextes sont différents. En effet, dans le contexte du droit collaboratif, il n'y a que les parties (avec leurs avocats); si elles se rencontrent, elles le font conjointement, de leur propre initiative, tandis que dans la médiation, les parties sont convoquées par un tiers (le médiateur); s'il ne convoque qu'une partie, la rencontre est individuelle et s'il convoque les deux parties, la réunion est commune.

Les éléments « rencontre » et « séance » pour rendre respectivement les éléments « meeting » et « session » ont été analysés dans le dossier CTTJ 301.

Nous proposons les équivalents « rencontre individuelle » et « séance individuelle » pour rendre respectivement les termes *individual meeting* et *individual session* et leurs antonymes respectifs « rencontre commune » et « séance commune » pour rendre les termes *joint meeting* et *joint session*.

Pour ce qui est de l'équivalent de *plenary session*, nous recensons l'équivalent français « plénière » (forme courte) et parfois l'équivalent « séance plénière » (forme longue).

Le *Dictionnaire de la résolution amiable des différends* précité comporte une entrée sous « Pl[é]nière(s) / entretien(s) conjoint(s) » qui se rapporte à la notion à l'étude.

Pl[é]nière(s) / entretien(s) conjoint(s)

Voir aussi : Aparté(s) ; Séances

La plénière est un entretien conjoint, forme usuelle pour tenir une séance de médiation, au cours de laquelle le médiateur communique avec tous les médians. Ceux-ci sont accompagnés (ou non) de leurs conseils (Avocats). L'entretien reste conjoint si la séance réunit seulement leurs conseils (par exemple pour des raisons techniques, de préparation, etc.).

À l'inverse l'entretien séparé, ou aparté, est la forme d'une séance au cours de laquelle le médiateur ne communique qu'avec une des parties, à tour de rôle, et respectant la confidentialité vis-à-vis de l'autre et l'équilibre de l'écoute.

D'une manière générale on peut considérer dans nos pays de tradition romano-germanique (de droit civil) que la plénière est la règle, et l'aparté l'exception. [Nous soulignons.]

[DICTIONNAIRE DE LA RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDS, précité, s.v. « Plénière(s) / entretien(s) conjoint(s) ».]

Nous recensons bien la forme longue dans l'usage, comme ici :

À l'occasion d'un **caucus** (rencontre confidentielle entre le médiateur et une seule des parties), le médiateur apprend que des faits importants avancés par cette partie en **séance plénière** sont faux. Or, après que, quelques semaines plus tard, l'autre partie ait appris que des faits sur la base desquels elle a accepté de conclure une entente lors de cette médiation sont faux, elle institue un recours en annulation de l'entente sur la base de son erreur provoquée par le dol et réclame aussi, autant de la partie ayant fourni ces fausses informations que du médiateur (pour avoir participé à la conclusion d'une entente qu'il savait être fondée sur un dol) les dommages causés par ce dol survenu en cours de médiation.

(Jean H. Gagnon, *Un médiateur peut-il être poursuivi en responsabilité professionnelle?*, à l'adresse <<http://www.droit-inc.com/article18223-Un-mediateur-peut-il-etre-poursuivi-en-responsabilite-professionnelle>>.)

... tout comme nous recensons l'usage de la forme courte et de la forme longue. Ici, les deux formes sont utilisées dans le même article :

En effet, c'est lors d'une **séance plénière** bien menée que le médiateur obtient deux éléments essentiels pour faire face à toute difficulté éventuelle du dossier. D'une part, il recueille toute la matière première qui compose le conflit, et ce, d'une façon multidimensionnelle. Le médiateur pourra ainsi faire ressortir autant la substance (factuelle ou juridique) du conflit que les émotions et les intérêts qui s'y rattachent.

[...]

Le modèle théorique a créé un idéal où la médiation est vue comme un moyen de tailler sur mesure des solutions créatives à un conflit basées sur les besoins respectifs des gens et/ou de leurs intérêts communs. Il y a des dossiers où l'on atteint cet idéal. J'ai vu dans nombre de dossiers les parties imaginer des solutions créatives répondant à leurs besoins de façon très complémentaire. J'ai même vu le summum de l'idéal où tout a lieu en **plénière** sur la base d'intérêts communs et personnels, dans une parfaite collaboration.

[...]

Le médiateur sait que, de ce processus de négociation qui se fera en apparence sur positions, se dégageront les besoins, les solutions possibles, les émotions à valider, les réalités à accepter, les choix à prioriser, les alternatives à envisager. Il sait que la solution acceptable surgit parfois du processus d'élimination que constitue la négociation. Il doit donc permettre aux parties et à leurs procureurs d'administrer leur propre négociation et de présenter leurs offres elles-mêmes. Les procureurs ont un grand rôle à jouer à ce titre. Personnellement, je privilégie que ce soient eux qui présentent les offres et leurs justifications, de préférence en **plénière** ou, dans les cas plus délicats, en caucus avec le médiateur et l'autre procureur. Il faut alors donner à l'autre partie l'occasion de se retirer avec son procureur, puis avec le médiateur, avant de lui demander de préparer et de présenter sa contre-offre de la même façon. Et ainsi de suite.

(Dominique F. Bourcheix, *Les médiations difficiles : bien maîtriser le processus et ses paradoxes pour y faire face*, p. 6, 16 et 21, à l'adresse <http://www.mediationsophilex.ca/pdf/les_mediations_difficiles.pdf>.)

Nous retenons donc les deux formes.

Le mot « caucus » est également employé en français dans le domaine de la médiation. Voici quelques contextes :

Aparté(s) / caucus / entretien(s) séparé(s)

Caucus

L'**aparté**, **entretien séparé** ou **caucus** (en anglais) se définit comme une réunion séparée entre le médiateur et un médiant, en l'absence de l'autre médiant. Il peut être sollicité soit par le médiateur, soit par une partie ou par son conseil. Deux règles fondamentales régissent l'**aparté**. D'une part la confidentialité de son contenu : le médiateur ne peut rien révéler de ce qu'il aura recueilli comme information sauf s'il y est autorisé par la partie concernée. D'autre part l'**aparté** implique nécessairement un équilibre : si le médiateur voit une partie, il voit également l'autre et ce pour la même durée. Il y a autant de **caucus** qu'il y a de parties, sauf à les regrouper si leurs intérêts sont communs.

(MIRIMANOFF Jean, dir., *Dictionnaire de la résolution amiable des différends*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2015, s.v. « Aparté(s) / caucus / entretien(s) séparé(s) ».)

Le caucus

Le processus de médiation n'étant pas un arbitrage ni un processus judiciaire, le médiateur n'a pas de pouvoir décisionnel; par conséquent, il peut rencontrer les parties individuellement, de façon privée, avant ou durant les séances de la médiation, tout en conservant son impartialité. Ce processus effectué durant les séances de médiation s'appelle le **caucus**.

(KOVACHICH, Hélène de et coll., *Guide pratique de médiation*, Toronto, Carswell, 1997, p. 38.)

Dans ce dernier ouvrage, on mentionne ce qui suit en note de bas de page à propos du terme « caucus » :

Bien que ce mot américain soit habituellement employé en politique, les médiateurs anglophones et francophones ont repris ce terme et l'appliquent à la médiation depuis plusieurs années.

(KOVACHICH, Hélène de et coll., *Guide pratique de médiation*, Toronto, Carswell, 1997, p. 38, note 31.)

Voici d'autres occurrences du terme « caucus » :

Le caucus : une option intéressante

Si les tentatives de promouvoir une communication non défensive échoue, si les tiers deviennent trop influents, le médiateur, en dernier ressort, peut proposer le **caucus**, c'est-à-dire des entrevues individuelles du médiateur avec chaque conjoint, afin d'essayer de comprendre ce qui se passe [...] Plus le client apparaît résistant et le médiateur limité dans ses interventions, plus le **caucus** s'avère une technique productive pour surmonter les obstacles ou débloquer les impasses.

(LAFORTUNE, Françoise, « Les impasses en médiation : comment les régler avant qu'elles ne deviennent impossibles à surmonter » dans Lisette Laurent-Boyer, *La médiation familiale*, édition révisée, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998, p. 68.)

Le rôle du médiateur se fait alors beaucoup en **caucus**, entre chaque offre, et se présente comme suit. Il est :

- d'encourager les parties à communiquer les raisons qui justifient leurs offres pour qu'elles puissent être mieux analysées et discutées;
- de les aider à utiliser des dénominateurs communs qui auront émané de l'échange d'information;
- d'écouter leur réaction à une offre et de les aider à se concentrer sur ce qu'elles veulent plutôt que sur leur colère de ne pas se faire offrir ce qu'elles veulent;
- de les féliciter des progrès effectués et de les encourager à continuer la négociation;
- de trier la discussion pour faciliter la négociation;
- d'émettre des hypothèses de solutions aux obstacles qui persistent;

de donner confiance aux gens en leur disant qu'une négociation ardue fait partie des règles du jeu;

- sans révéler ce qui est confidentiel, de les encourager à poursuivre le processus lorsque certains éléments lui laissent croire qu'il y a matière à règlement malgré l'écart des positions;
- d'aider les parties à être réalistes tout en acceptant qu'elles n'aient pas envie de l'être;
- de les aider à se rendre compte, le cas échéant, que le jeu de la négociation met le règlement possible en péril;
- de les aider à comprendre leurs besoins et à travailler à les satisfaire;
- de les inviter à communiquer ce qui ne vaut pas la peine de garder confidentiel et qui pourrait aider au déblocage;
- de les aider à évaluer leurs alternatives.

(Dominique F. Bourcheix, *Les médiations difficiles : bien maîtriser le processus et ses paradoxes pour y faire face*, p. 21 et 22, à l'adresse <http://www.mediationsophilex.ca/pdf/les_mediations_difficiles.pdf>.)

Nous avons aussi relevé le terme « aparté » dans le *Guide de normes de pratique en médiation civile et commerciale* du Barreau du Québec :

6.1 RENCONTRES INDIVIDUELLES (**APARTÉ** OU CAUCUS) Le médiateur peut, lorsqu'il le juge utile, tenir des rencontres individuelles (**aparté** ou caucus) avec l'une ou l'autre des parties, lesquelles peuvent aussi à tout moment demander de s'entretenir de façon privée et confidentielle avec lui. Les mêmes règles s'appliquent lorsque le médiateur juge à propos de rencontrer quelque autre participant à la médiation. (BARREAU DU QUÉBEC. Internet : <<https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/guide-normes-pratique-med-civ-comm.pdf>>.)

On remarque l'emploi des guillemets pour le mot « caucus » dans le dernier contexte ci-dessus, peut-être comme si on doutait de son caractère correct, comme c'est le cas également dans le contexte qui suit :

Le médiateur peut aussi décider de tenir un **aparté** (« caucus ») si le taux élevé de tension ne permet pas de la manier en session conjointe. (CHABOT, Marie-France, « Aspects psychologiques de la médiation » dans *Développements récents en médiation* (1995), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 153.)

On recense le mot « caucus » dans le *Grand Robert de la langue française* en ligne, dans son sens attesté en politique :

caucus [kokys] n. m.

ÉTYM. 1887 ; mot angl. des États-Unis, p.-ê. pris à l'algonquin.

Aux États-Unis et au Canada, Réunion à huis clos (des membres élus d'un parti politique). *Le caucus du parti démocrate américain. Des caucus.*
(LE GRAND ROBERT DE LA LANGUE FRANÇAISE, 2016, Paris, Dictionnaires Le Robert)

En revanche, on ne le trouve pas dans le *Trésor de la langue française informatisé* ni dans le *Dictionnaire de l'Académie*.

Dans le *Grand dictionnaire terminologique*, à la fiche qui traite du sens politique du terme, on nous signale qu'il s'agit d'un canadianisme d'origine amérindienne :

[**caucus**] Courant. Terme d'origine amérindienne.

Employé couramment aujourd'hui (au Québec), le mot **caucus** est un canadianisme dont l'usage se justifie parce qu'il est à la fois utile et fonctionnel; il dispense de recourir à des périphrases encombrantes et peu adéquates.

(Internet : <<http://www.granddictionnaire.com/>>.)

On recense aussi le terme dans le *Multidictionnaire des difficultés de la langue française*, 4^e éd., toujours au sens attesté en politique :

caucus

Réunion à huis clos des membres élus d'un même parti politique, convoqués en vue de discuter des problèmes du parti et d'élaborer une ligne de conduite commune.

[DE VILLERS, Marie-Éva, *Multidictionnaire des difficultés de la langue française*, 4^e éd., Montréal, Éditions Québec Amérique Inc., 2003, p. 247.]

Quant au mot « aparté », dont le sens premier appartient au domaine du théâtre, celui-ci signifie :

aparté n.m.

[...]

2 (Av. 1847). Entretien particulier dans une réunion. | *Faire un aparté avec un ami.* | *Un petit aparté.* | *Allons, plus d'apartés.* → **fam.** Messes* basses.

2 M. de Chateaubriand y régnait, et, quand il était présent, tout se rapportait à lui; mais il n'y était pas toujours, et même alors, il y avait des places, des degrés, des a parte pour chacun. Sainte-Beuve, *Causeries du lundi*, 26 nov. 1849.

3 Il y avait même, entre le missionnaire et moi, des apartés en langue polynésienne. Loti, *Aziyadé*, ii, 1.

Loc. adv. *Causer, s'entretenir en aparté avec qqn.*

(*Le Grand Robert de la langue française*, version électronique.)

APARTÉ, subst. masc.

[...]

B. — P. ext. Conversation particulière entre quelques personnes, à l'écart des autres, et qui ne doit pas être entendue :

● 2. L'expression de surprise mêlée de dédain que j'observais sur leur physionomie, commençait à me troubler; j'étais sûre d'être bientôt l'objet d'un **aparté** dans l'embrasure de la fenêtre, ou d'une *conversation à voix basse*...

M^{me} DE DURAS, *Ourika*, 1824, p. 105.

● 3. Mais le patron Martrodin en avait déjà assez de nos « **apartés** » et de nos petits *complots* dans les coins.

CÉLINE, *Voyage au bout de la nuit*, 1932, p. 389.

(*Le Trésor de la langue française informatisé*. Internet : <<http://atilf.atilf.fr/>>.)

On trouve aussi des tournures moins économiques, plus descriptives, pour désigner la notion. C'est le cas de l'expression « entretien séparé » que nous avons vue dans le *Dictionnaire de la résolution amiable des différends* précité, ainsi que de l'expression « rencontre privée » que nous avons relevée dans un article de périodique :

Le médiateur fait preuve de discrétion sur ce dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions et le contenu des rencontres demeure confidentiel. Par exemple, le contenu des discussions de la médiation ne peut être utilisé en cour. De plus, la conversation entre le médiateur et une partie lors d'une **rencontre privée** est confidentielle.

(RENAUD, Pierre, « L'élaboration d'un code de déontologie en médiation : une réflexion », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 27, (1997), p. 327.)

Nous proposons d'écarter ces tournures, puisque des termes simples sont déjà en usage pour désigner la notion. On doit choisir l'équivalent, à notre avis, entre « aparté » et « caucus ».

L'usage du mot « caucus » dans le domaine de la politique a été validé par l'Office québécois de la langue française. De plus, son usage n'est pas confiné au Canada puisqu'il figure en vedette dans le *Dictionnaire de la résolution amiable des différends*, une publication belge.

À notre avis, les contextes suggèrent que le mot « aparté » a un sens un peu plus général que « caucus »; il garde le sens qu'il a dans la langue courante. Autrement dit, le « caucus » en MSRD est un type d'aparté.

En contexte, on comprend que si le médiateur rencontre une partie en aparté, il s'agit d'un caucus.

Puisque le terme « **caucus** » est déjà en usage dans le domaine où il a acquis un sens précis, et qu'il est correct sur le plan linguistique, c'est celui que nous proposons au comité de normaliser comme équivalent pour le terme *caucus*.

ANALYSE NOTIONNELLE

caucusing

Voici quelques contextes pour le terme *caucusing* :

Caucuses are used to restrict direct communication between the parties. This would appear to be contrary to the purpose of mediation to facilitate communication, but **caucusing** has a corollary affect that enhances communication with the mediator.

(SMITH, Gary, « Unwilling Actors: Why Voluntary Mediation Works, Why Mandatory Mediation Might Not », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 36, 1998, p. 847.)

My concern, which as you know is not shared by a lot of judges, has to do with one aspect of mediation which many experienced mediators say is the key to mediation and that's **caucusing**. **Caucusing**, of course, is when the mediator meets separately with the parties.

[...]

I know many, many judges will not do mediation and absolutely will not caucus, they will actively pre-try a case, they will actively try to settle a case, but they will not caucus. In some courts, the official position of the court is that they will not mediate, and by "mediate", they mean **caucusing**.

(THE HONOURABLE CHIEF JUSTICE RICHARD J. SCOTT, « Special Issue: Five Decades of Chief Justices in Manitoba: An Interview with Chief Justice Richard J. Scott », *Manitoba Law Journal*, vol. 36, 2012, numéro spécial, p. 1.)

ÉQUIVALENTS

Dans le cadre des présents travaux, dans le dossier CTTJ MSRD 305, le comité a étudié les tournures gérondives *relational contracting* et *relationship contracting*. Nous avons proposé pour exprimer la notion de *contracting* l'équivalent « contractation », un ancien terme juridique qui désigne l'action de contracter.

Dans le cas qui nous occupe, il s'agit de désigner l'action de tenir un caucus.

Nous avons voulu voir s'il existait des dérivés attestés du mot « caucus » et avons constaté que non.

En fouillant l'Internet, nous avons toutefois trouvé deux occurrences du verbe « caucusser » employé au sens de « tenir un caucus ». La première est tirée des débats de l'Assemblée nationale du Québec :

Je demanderais aux députés qui doivent travailler à l'extérieur du salon bleu de quitter l'enceinte maintenant en silence, et que ceux qui doivent **caucusser** le fassent à l'extérieur.
(Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 36, n^{os} 38-49, 1999.)

L'autre occurrence provient de commentaires d'utilisateurs d'un site consacré à l'improvisation théâtrale. Il est par ailleurs difficile de juger de la validité d'une telle dérivation étant donné la forme et l'étymologie floue du mot « caucus ».

Le potentiel de dérivation du mot « caucus » semble très limité, et nous ne sommes pas certains que la solution se trouve dans la dérivation.

Nous avons pensé à d'autres tournures gérondivales et avons voulu voir quels sont les équivalents retenus pour exprimer les notions qu'elles véhiculent. Par exemple, l'équivalent courant pour rendre le terme *sentencing* est « détermination de la peine »⁵.

Nous pensons que dans le cas qui nous occupe, un équivalent comme « tenue de caucus » semble plausible. Le verbe « tenir » est un cooccurrent du mot « caucus ». L'article peut même être omis devant « caucus »; il en résulte le tour « tenir caucus » (peut-être à l'image du tour « tenir séance »).

Voici une définition du mot « tenue » :

tenue n. f.

(Déb. xvii^e). **Didact.** Le fait de tenir séance; la durée d'une audience, d'une séance, d'une réunion. | *Tenue d'états* (cit. 96, La Bruyère). — Assemblée de francs-maçons. | *Tenue d'une loge*.

1.1 Avant la fin de l'année scolaire, j'assistai en tout à cinq ou six « tenues » de la loge, mais j'avoue ne m'être jamais senti tout à fait à l'aise dans ce milieu feutré (...)

Raymond Abellio, *les Militants*, p. 117.

(*Le Grand Robert de la langue française*, version électronique, s.v. « tenue ».)

Par ailleurs, nous avons relevé un contexte d'emploi du terme « tenue de caucus » dans la banque de données Quicklaw.

7-148. Réfractaire nous l'étions car, comme on le sait, la médiation implique la tenue de caucus où le médiateur se retire avec une partie dans le but de faire le point sur le déroulement de la médiation et l'aider à cheminer. Le **caucus** est un outil éminemment utile pour le médiateur. Plusieurs raisons ou circonstances peuvent justifier la tenue d'un caucus mais point n'est besoin ici d'en traiter. Ce qu'il faut retenir, c'est que le

⁵ Voir notamment la banque Juriterm.

caucus signifie un entretien privé d'une partie avec le médiateur qui pourrait devenir arbitre dans la même affaire! Quoi penser alors de l'apparence d'impartialité et de la nécessaire distance dans son éventuel rôle d'arbitre?

(Olivier Després, *LegisPratique – Guide de l'arbitrage*, chapitre 7, Déroulement d'un arbitrage conventionnel au Québec, LexisNexis Canada (QL).)

L'équivalent « **tenue de caucus** » est malléable et pourra être adapté par l'utilisateur selon l'énoncé à traduire. C'est l'équivalent que nous recommandons.

ANALYSE NOTIONNELLE

mandatory mediation

Le terme *mandatory arbitration* a été étudié dans le dossier BT MSRD 103. À l'issue de l'analyse, les auteures ont circonscrit le sens du terme et constaté que celui-ci désigne l'arbitrage auquel il est obligatoire de recourir.

En matière de médiation, voici le cadre dans lequel s'inscrit le terme *mandatory mediation* :

II. PRIVATE DISPUTE RESOLUTION

2. Mediation

(3) Voluntary versus Mandatory Mediation

HDR-7 Principle of consent. Mediation is founded upon the consent of the parties and strong public policy favouring early private settlement. In furtherance of this public policy, court-administered “**mandatory mediation**” programs have been implemented from time to time, in various jurisdictions. **Mandatory mediation** is dealt with later in this volume.

V. PUBLIC ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

1. Court Annexed Alternative Dispute Resolution

(2) Court Annexed Mediation

(a) Alberta

HDR-152 Provincial Court Civil Mediation Program. Section 65 of the Alberta Provincial Court Act provides that at any time after a dispute note is filed, the court, or a person authorized by the court to do so, may refer the action for mediation. Alberta Regulation 271/1997 sets out the Mediation Rules of the Provincial Court — Civil Division. The mediation must occur within three months after the filing of the last dispute note filed in the action, unless the court extends that period. If a case is selected for mediation, the mediation is mandatory and the action will not be set down for trial or otherwise continued until the conclusion of the mediation. [...]

V. PUBLIC ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

1. Court Annexed Alternative Dispute Resolution

(2) Court Annexed Mediation

(e) Ontario

HDR-158 History and purpose. The Ontario Mandatory Mediation Program began as a pilot project in Toronto and Ottawa on January 4, 1999. After a positive evaluation, it was made permanent as of July 3, 2001. As of December 31, 2002, it was extended to Windsor. The purpose of **mandatory mediation** is to reduce cost and delay in litigation and to facilitate the early and fair resolution of disputes.

Scope. Rule 24.1 of the Rules of Civil Procedure establishes **mandatory mediation** for case managed civil, non-family actions. Rule 77.01 extends case management to actions and applications in Toronto, Ottawa and Essex governed by Rule 77 (Case Management) and Rule 76 (Simplified Procedure), the latter only if assigned to **mandatory mediation** by the regional senior judge. Excepted from case management are actions and applications placed on the Commercial List, estates proceedings under Rules 74 and 75, applications for removal or replacement of personal representatives under the Trustee Act, applications under Part V of the

Succession Law Reform Act, applications for guardianship under the Substitute Decisions Act, 1992, simplified procedure actions, non-trust actions and applications under Construction Lien Act, actions and applications under the Bankruptcy and Insolvency Act and actions and applications under the Class Proceedings Act, 1992. Simplified procedure must be used in an action where the claim being made is for \$50,000 or less, exclusive of interest and costs. If there are two or more plaintiffs, the procedure set out in this Rule shall be used if each plaintiff's claim, considered separately, meets the \$50,000 or less requirement. Rule 75.1 makes mediation mandatory for contested estates, trusts and substitute decision matters.

Mediators and mediation committees. The Attorney General appoints local mediation committees consisting of lawyers, mediators, the general public and persons employed in the administration of the courts. The Chief Justice of the Superior Court of Justice appoints a judge or a case management master to be a member of each committee. The committees compile lists of mediators to conduct the mediations, monitor the mediators' performance and receive and respond to complaints about the mediators. Mediations are conducted by a mediator chosen by the parties from the list or, if certain documents are not received by the court or filed within the requisite time, a mediator from the list will be assigned by the mediation coordinator. The parties can also consent to a mediator who is not on the list. In either case, the mediator must conduct the mediation according to the **mandatory mediation rules**. The mediation session must, unless the court orders otherwise or the parties agree, take place within 180 days of the filing of the first defence. If the coordinator does not receive a notice from one of the parties stating the chosen mediator's name and the date of the mediation session within the required time, a mediator's report or notice that the action has been settled, the co-ordinator will assign a mediator from the list.

[...]

Estates, trusts and substitute decisions. Rule 75.1 provides for **mandatory mediation** in estate matters. It closely parallels the provisions of the **general mandatory mediation rule** outlined above.

V. PUBLIC ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

1. Court Annexed Alternative Dispute Resolution

(2) Court Annexed Mediation

(f) Saskatchewan

HDR-159 Background. **Mandatory mediation** in Saskatchewan goes back to 1985, when the *Farm Land Security Act* implemented a process to mediate disputes between farmers and lenders. In 1994, the *Queen's Bench Act* was amended by introducing a pilot project in two judicial centres mandating an initial mediation session at the close of pleadings in every non-family, civil litigation action. The project continuously expanded and the civil mediation provision currently applies in the judicial centres of Prince Albert, Regina, Saskatoon, Swift Current, Moose Jaw, Battleford, Yorkton, Estevan and Melfort.

Civil mediation. Section 42 of the *Queen's Bench Act*, 1998 provides that unless the parties are exempted by a court, after the close of pleadings in a contested action or matter that is not a family law proceeding, the local registrar will arrange for a mediation session, and the parties must attend the mediation session before taking any further step in the action or matter.

Exemption from mediation. Since the mediation requirement is universal and does not in any way speak to the merits of a claim, an exemption is unlikely to be granted even in the face of a strong case for summary judgment. The absence or presence of a defence plays no part in whether there should be mediation. The purpose of the process is to afford the parties an opportunity to resolve their dispute through agreement rather than through the adversarial process of litigation. The process affords a person, even one devoid of a valid defence, to seek and perhaps obtain a resolution through compromise. Even a confident plaintiff may make an accommodation to achieve early closure, eliminate risk and avoid expense. "That possibility should not be removed simply because a summary judgment would be granted." However, a party has been allowed to bring an application under Rule 173 (striking of pleading for abuse of court) after filing its defence but before the **mandatory mediation** was completed. The court ordered the postponement of the parties' attendance at the **mandatory mediation session** pending determination of the application under Rule 173. The mere fact that the parties consent to be exempted from mediation is not sufficient ground to grant such an exemption.

Parties may be exempted from mediation under s. 42 where they have previously engaged in private mediation numerous times and had been unsuccessful.

II. Custody, Access and Adoption

2. Private Custody and Access Agreements

(1) Alternative Dispute Resolution

Mandatory mediation.

Separating parents are often now required or recommended to attend mediation before litigating, or in order to de-escalate litigation that has already begun. Under the federal Divorce Act, it is the duty of every barrister, solicitor, lawyer or advocate in divorce proceedings to discuss the advisability of negotiating matters that may be the subject of a support order or custody order and to inform the spouse of mediation facilities. Provincial and territorial legislation also enables the court to appoint a mediator or neutral third party to assist the parties in resolving a dispute. In most jurisdictions, such assistance will be dependent on the consent or request of the parties. A court may, on consent, order parents to retain a parenting coordinator for a specified period of time to help them design and implement a custody arrangement, although there is no explicit statutory provision for such professionals outside British Columbia. [Références omises.]

(D. W. Glaholt et M. Rotterdam, *Halsbury's Laws of Canada – Alternative Dispute Resolution*, rééd. LexisNexis Canada, 2018 aux HDR-7 Principle of consent, HDR-152 Provincial Court Civil Mediation Program, HDR-158 History and purpose et HDR-159 Background; . J. Wilson, *Halsbury's Laws of Canada – Infants and Children*, rééd. LexisNexis Canada, 2018 au HIC-17 Mandatory mediation.)

Un bon nombre des contextes d'usage que nous avons relevés dans les périodiques et les jugements canadiens se rapportent au programme intitulé *Ontario Mandatory Mediation Program (OMPP)*. Dans ce contexte, il s'agit d'un processus imposé par les *Règles de procédure civile* de l'Ontario :

RULE 24.1 MANDATORY MEDIATION

PURPOSE

24.1.01 This Rule provides for **mandatory mediation** in specified actions, in order to reduce cost and delay in litigation and facilitate the early and fair resolution of disputes.
(*Rules of Civil Procedure*, RRO 1990, Reg. 194.)

Voici deux autres contextes tirés de textes canadiens :

Mandatory mediation in Canadian civil courts has reached an important developmental stage. With over ten years experience in the general civil justice system, and many more years in pocket areas such as farm debt litigation in Saskatchewan, program designers and evaluators can begin to draw conclusions about its impact. Until this point, the debate has focused on measures of success such as settlement rates, and degrees of participant satisfaction. Little attention has been paid to **mandatory mediation**'s substantial influence on institutions of justice, and its potential to inspire lasting civil justice reform.
(KEET, Michaela, « The Evolution of Lawyers' Roles in Mandatory Mediation: A Condition of Systemic Transformation », *Saskatchewan Law Review*, vol. 68, 2005, p. 313.)

While mediators have to be flexible and adapt to the parties' needs (or, at least, be flexible in their determination of what approach will most assist the parties in reaching an agreement, whatever the parties' own perception of their needs), they are not "chameleons," nor are they neutral in the sense of having "no plan, no values, no agenda, no goal, no premises, no theory, beyond doing the clients' bidding." More to the point, mediators should not be "neutered," subject to the bidding of an external authority about how they go about the practice of mediation. This is the risk of **mandatory mediation**, especially when the court or other agency mandating the mediation also determines how it should be done. [Nous soulignons.]
(HUGHES, Patricia, « Mandatory Mediation: Opportunity or Subversion? », *Windsor Yearbook of Access to Justice*. vol. 19, (2001), p. 161.)

Ainsi, nous constatons que le terme *mandatory mediation* désigne la médiation à laquelle il est obligatoire de recourir, et que la notion en chapeaute d'autres plus spécifiques.

ÉQUIVALENT

Dans le dossier BT MSRD 103, l'équivalent « arbitrage obligatoire » a été proposé pour rendre le terme *mandatory arbitration*.

Pour exprimer la notion à l'étude, l'équivalent « médiation obligatoire » convient bien et le terme est déjà en usage comme le montrent les contextes qui suivent :

Afin de faire face aux problèmes de délais et de durée croissante des instances, les tribunaux se tournent de plus en plus vers des modes alternatifs de règlement des conflits, comme la **médiation obligatoire** et la gestion d'instance.

(Beverley McLachlin, « Accès à la justice et marginalisation : l'aspect humain de l'accès à la justice », Les Cahiers de droit, vol. 57, (2016), p. 341.)

La **médiation obligatoire**. La médiation peut être initiée par un juge qui, lors d'une conférence préparatoire qu'il préside, pourra ordonner que les parties fassent l'essai de la médiation avant le procès.

(KOVACHICH, Hélène de et coll., *Guide pratique de médiation*, Toronto, Carswell, 1997, p. 45.)

Le terme « **médiation obligatoire** » est donc l'équivalent que nous recommandons pour rendre le terme *mandatory mediation*.

ANALYSE NOTIONNELLE

voluntary mediation

La notion de *voluntary mediation* s'oppose à celle de *mandatory mediation*.

Certains textes traitent aussi d'une *voluntary mediation* qui pourrait hypothétiquement avoir lieu dans le cadre d'une instance judiciaire, en critique du modèle de médiation obligatoire actuel.

Voici quelques-uns des contextes d'emploi que nous avons relevés :

More and more Canadians are mediating ... Disputants are generally satisfied with mediation services, and thus, as lawsuits are the result of dissatisfaction, claims against mediators are almost non-existent. In the case of **voluntary mediation**, satisfaction is especially high because parties are keen, motivated and anxious to keep relationships positive.

(Jennifer L. Schulz, « Mediator Liability in Canada: An Examination of Emerging American and Canadian Jurisprudence », *Ottawa Law Review / Revue de droit d'Ottawa*, vol. 32, (2000-2001), p. 269.)

Voluntary mediation is hypothetical and non-binding. The Po nature of mediation is compromised when parties are unwilling to participate. For them the process appears very real as it blocks their access to litigation. There are penalties for non-participation which have an impact on the litigation.

(Gary Smith, « Unwilling Actors: Why Voluntary Mediation Works, Why Mandatory Mediation Might Not », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 36, (1998), p. 847.)

Il ressort de ces contextes que la médiation peut être qualifiée de *voluntary* si les parties ont choisi d’y recourir et n’y ont pas été obligées, à l’image du *voluntary arbitration* dans le domaine de l’arbitrage.

ÉQUIVALENT

Dans le dossier BT MSRD 103, nous avons fait l’étude du terme *voluntary arbitration* et le comité a normalisé l’équivalent « arbitrage volontaire » pour exprimer la notion.

Comme c’était le cas pour le terme « arbitrage volontaire », le terme « **médiation volontaire** » est déjà en usage pour désigner la notion.

Une façon d'améliorer le règlement des griefs pourrait consister en une généralisation et en une accessibilité plus grande de la médiation dans un cadre prédéfini.

[...]

Dans l'hypothèse examinée ici, la convocation des parties à une première séance d'audience donnerait donc ouverture à une procédure de conciliation ou de **médiation volontaire** et gratuite assurée par des conciliateurs spécialisés mis à la disposition des parties par le ministère du Travail.

(Jean Bernier, « L’arbitrage de griefs : un système de justice privé ou public? », *Les Cahiers de droit*, vol. 53, 2012, p. 161.)

Il faut aussi souligner que la séance de **médiation volontaire** entreprise en août dernier, a été suspendue. (*Droit de la famille — 153132*, 2015 QCCS 5799 (CanLII))

Cet équivalent ne pose pas de problème; c’est celui que nous recommandons.

TABLEAU RÉCAPITULATIF

caucus (n.)	caucus (n.m.)
caucusing	tenue de caucus (n.f.)
closed mediation	médiation fermée (n.f.)
ANT open mediation	ANT médiation ouverte
distance mediation	médiation à distance (n.f.)
ANT in-person mediation	ANT médiation en personne
individual meeting	rencontre individuelle (n.f.)
cf. individual session	cf. séance individuelle
ANT joint meeting ²	ANT rencontre commune
individual session	séance individuelle (n.f.)
cf. individual meeting	cf. rencontre individuelle
ANT joint session ²	ANT séance commune

in-person mediation ANT distance mediation	médiation en personne (n.f.) ANT médiation à distance
joint meeting² NOTE A meeting of the parties and the mediator. cf. joint session ² ; plenary session ANT individual meeting	rencontre commune (n.f.) NOTA Rencontre réunissant les parties et le médiateur. cf. séance commune; séance plénière ANT rencontre individuelle
joint session² NOTE A session attended by the parties and the mediator. cf. joint meeting ² ; plenary session ANT individual session	séance commune (n.f.) NOTA Séance réunissant les parties et le médiateur. cf. rencontre commune; séance plénière ANT séance individuelle
mandatory mediation	médiation obligatoire (n.f.)
open mediation ANT closed mediation	médiation ouverte (n.f.) ANT médiation fermée
plenary session cf. joint session ² ; joint meeting ²	séance plénière (n.f.); plénière (n.f.) cf. séance commune; rencontre commune
voluntary mediation	médiation volontaire (n.f.)